DIE UNBESTIMMTHEIT DER BEGRIFFE "RECHTSSTAAT" UND "FREIHEITLICHE DEMOKRATISCHE GRUNDORDNUNG" IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Münster

Alfred Stohlmann

1965

DIE UNBESTIMMTHEIT DER BEGRIFFE "RECHTSSTAAT" UND "FREIHEITLICHE DEMOKRATISCHE GRUNDORDNUNG" IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Akademischen Grades eines Doktors
der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Alfred Stohlmann

aus Bielefeld

1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN

G. Bauknecht, Dissertations-Druckerei, 8 München 8, Zeppelinstr. 79, Tel. 458195

1. Berichterstatter:	Professor Dr. SCUPIN
2. Berichterstatter:	Professor Dr. KLEIN
Dekan:	Professor Dr. TIMM

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 1965

INHALTSÜBERSICHT

		Seite
§ 1	Einleitung	1
	TEIL A Die Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung", ihre Entwicklung und Anwendung	
§ 2	Der Rechtsstaatsbegriff und seine Entwicklung	4
§ 3	Der Begriff "Rechtsstaat" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	8
§ 4	Der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung"	12
	TEIL B Die Problematik der unbestimmten Begriffe	
§ 5	Die Unbestimmtheit von Begriffen im Verwaltungsrecht	14
§ 6	Stellungnahme zu der Diskussion über unbestimmte Begriffe im Verwaltungsrecht	23
§ 7	Schwierigkeiten bei der Verwendung unbestimmter Begriffe im Verfassungsrecht	26
	TEIL C Die Unbestimmtheit der Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung"	
§ 8	Der Begriff "Rechtsstaat" im allgemeinen	34
§ 9	Der Begriff "Rechtsstaat" als Begrenzungsbegriff	37
§ 10	Der Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff	44
§ 11	Der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung"	54
§ 12	Schluß	61

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Anschütz, Gerhard	Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs auf andere als die im Art. 19 Abs. 1 der Reichsverfassung bezeichneten Verfassungsstreitigkeiten auszudehnen? Bericht in Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages, 2. Band, Berlin und Leipzig 1927, S. 196 ff.
--	Die Verfassung des Deutschen Reichs, Berlin 1933
Anschütz-Thoma	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, Tübingen 1932
Apelt, Willibalt	Ist der Streit um die Verfassungsmäßigkeit des EVG-Vertrages eine Streitigkeit im Sinne des Art. 93 GG? in NJW 1953, 641 ff.
Arndt, Adolf	Das Bundesverfassungsgericht, in DVBl. 1951, 297 ff. und 1952, 1 ff.
Asanger, Reimund	Beiträge zur Lehre vom Rechtsstaat im 19. Jahrhundert, Diss. Münster 1938
Bachof, Otto	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in JZ 1955, 97 ff.
--	Ermessen und Sprachgebrauch, in JZ 1956, 590
--	Anmerkung zu dem Urteil des BVerwG vom 11.10.1956 (BVerwGE 4, 89), in DVBl. 1957, 788 ff.
--	Anmerkung zu dem Urteil des OVG Rhl.-Pf. vom 20.7.1957, in JZ 1958, 290 f.
--	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in VVDStRL 12, 37 ff., Berlin 1954
Berger, Hans	Der Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee, in DVBl. 1948, 79

Bettermann, Karl August	Verwaltungsakt und Richterspruch, in Jellinek-Gedächtnisschrift, München 1955, S. 361 ff.
Bilfinger, Carl	Betrachtungen über politisches Recht, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band I Teil 1 (1929), S. 57 ff.
--	Verfassungsrecht als politisches Recht, in Zeitschrift für Politik, Band 18 (1929), S. 281 ff.
Böckenförde, Werner	Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Diss. Münster 1957
Bruns, Viktor	Völkerrecht als Rechtsordnung, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 3 Teil 1 (1953), S. 445 ff.
Drath, Martin	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in VVDStRL 9, 17 ff., Berlin 1952
Düringer	Die Politisierung der Justiz, in DJZ 1922, 521 ff.
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1959
Ermacora, Felix	Verfassungsrecht durch Richterspruch, Karlsruhe 1960
Flad, Wolfgang	Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekutive, Heidelberg 1929
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1 (Allg. Teil), München und Berlin 1961
--	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in VVDStRL 12, 8 ff., Berlin 1954
--	Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3GG), in DÖV 1959, 41 ff.
--	Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35 ff.
Freund, Michael	Der Sündenfall (Zum Prozeß gegen die SRP - Karlsruher Eindrücke), in Die Gegenwart 1952, 454 ff.

Friesenhahn, Ernst	Die Staatsgerichtsbarkeit, in HdbDStR II, 523 ff.
Geiger, Willi	Kommentar zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Berlin 1952
Geißel, Wolfgang	Das Wesen der verfassungsgerichtlichen Entscheidung, Diss. Marburg 1956
Giese, Friedrich	Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Ermessensnachprüfung, in JZ 1952, 585 ff.
Grewe, Wilhelm	Zum Begriff der politischen Partei, in Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S. 65 ff.
Groß, Werner	Im Spannungsfeld von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl. 1954, 739 ff.
Grossmann, Rudolf Heinrich	Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, Diss. Zürich 1948
de Haan, Wolfgang	Politische Fragen vor dem Bundesverfassungsgericht, Diss. Kiel 1953
Hanemann, Wilhelm	Der Begriff des Politischen in der deutschen Wissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Diss. Heidelberg 1934
Heck, Philipp	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. in AcP Bd. 112 (1914), S. 1 ff.
Heller, Hermann	Rechtsstaat oder Diktatur? Tübingen 1930
--	Staatslehre, Leiden 1934
Herrfahrdt, Heinrich	Der Positivismus in der Rechtswissenschaft, in Studium Generale 1954, 86 ff.
von der Heydte Friedrich August Freiherr	Freiheit der Parteien, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 457 ff.

von Hippel, Ernst	Ungeschriebenes Verfassungsrecht, in VVDStRL 10, 1 ff., Berlin 1952
Huber, Ernst Rudolf	Reichsgewalt und Staatsgerichtshof, Oldenburg i.O. 1932
Idel, Walter	Zum unbestimmten Rechtsbegriff im öffentlichen Recht, in NJW 1955, 733 ff.
Jahrreiss, Hermann	Das Bundesverfassungsgericht soll "Hüter der Verfassung" sein, in JuV 1950, 121 ff.
Jarosch, Roland	Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, in DVBl. 1954, 521 ff.
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, Offenburg 1948
Jerusalem, Franz Wilhelm	Die Staatsgerichtsbarkeit, Tübingen 1930
Jesch, Dietrich	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in AöR Bd. 82 (1957), S. 163 ff.
--	Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, in DÖV 1956, 77 ff.
--	Anmerkung zu dem Urteil des BVerwG vom 6.2.1958 (BVerwGE 6, 177 ff.), in JZ 1958, 705 f.
Kägi, Werner	Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes, Diss. Zürich 1937
--	Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945
Kaufmann, Erich	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in VVDStRL 9, 1 ff., Berlin 1952
Kelsen, Hans	Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in VVDStRL 5, 30 ff., Berlin und Leipzig 1929

Kelsen, Hans	Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Berlin-Grunewald 1931
Kemmann, Dietmar	Der verfassungsrechtliche Begriff des sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Diss. Köln 1956
Klein, Friedrich	Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 106. Bd. (1950), S. 390 ff.
Klein, Rüdiger	Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, in AöR Bd. 82 (1957), S. 75 ff.
--	Ermessen und Sprachgebrauch, in JZ 1956, 588 ff.
Klinger, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung, Göttingen 1960
Koellreutter, Otto	Der nationale Rechtsstaat, Tübingen 1932
Kommentar zum Bonner Grundgesetz	von H.J. Abraham, O. Bühler u.a., redaktionelle Bearbeitung Bodo Dennewitz, Hamburg 1950 ff.
Kühn, Friedrich	Formen des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Länderstaatsrecht, Leipzig 1929
Lehmann, Heinrich	Art. 151 Abs. 1, Ordnung des Wirtschaftslebens, in Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 3. Bd., Berlin 1930, S. 125 ff.
Less, Erwin	Begriffsherrschaft und Verwaltungstätigkeit, in DÖV 1957, 418 ff.
Loening, Hellmuth	Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessenstatbestand bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen, in DVBl. 1952, 197 ff.

Loppuch	Die verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung und Ermessenshandlung, in DVBl. 1955, 377 ff. und 416 ff.
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 1958
von Mangoldt, Hermann	Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt a.M. 1953
von Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt a.M. 1957
Marcic, René	Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 13. Aufl. München und Berlin 1964
Menger, Christian-Friedrich	Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953
Meyers, Franz	Über Politik und Staatsgerichtsbarkeit, München 1952
Peters, Hans	Rechtsstaat und Rechtssicherheit, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3 (1951), S. 66 ff.
Pietzonka	Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in NJW 1954, 1865 ff.
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie, Stuttgart 1956
--	Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, im Anhang zur Rechtsphilosophie S. 347 ff.
Reuß, Hermann	Das Ermessen, in DVBl. 1953, 585 ff.
--	Der unbestimmte Rechtsbegriff, in DVBl. 1953, 649 ff.
--	Das Prestige der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl. 1959, 265 ff.
--	Freiheit und Bindung der Verwaltung im Rechtsstaat, in DVBl. 1959, 533 ff.

Scheuner, Ulrich	Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S. 513 ff.
--	Grundfragen des modernen Staates, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3 (1951), S. 126 ff.
--	Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, in DVBl. 1952, 293 ff.
--	Der Bereich der Regierung, in Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 253 ff.
Schleich, Ottmar	Das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zum Gewaltenteilungsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Mainz 1953
Schmid, Karl	Vier Jahre Erfahrungen mit dem Grundgesetz, in DÖV 1954, 1 ff.
Schmitt, Carl	Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, München und Leipzig 1926
--	Verfassungslehre, München und Leipzig 1928
--	Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931
--	Der Begriff des Politischen, Hamburg 1933
Simon, Jürgen	Die den Parteien durch den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes gezogenen Schranken, Diss. Kiel 1954
Smend, Rudolf	Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, in Festgabe für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923

Smend, Rudolf	Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928
--	Staat und Politik, in Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955
Stammer, Otto	Politische Soziologie, in Gehlen-Schelsky, Soziologie, Düsseldorf-Köln 1955, S. 256 ff.
Thoma, Richard	Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, in JöR Bd. 4 (1910), S. 196 ff.
--	Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff, in Erinnerungsgabe für Max Weber, Bd. 2, München und Leipzig 1923, S. 37 ff.
--	Artikel "Staat", in Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Aufl., Jena 1926, Bd. VII, S. 724 ff.
Triepel, Heinrich	Staatsrecht und Politik, Berlin und Leipzig 1927
--	Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in VVDStRL 5, 2 ff., Berlin und Leipzig 1929
--	Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, in Festgabe für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923
Ule, Carl Hermann	Verwaltungsgerichte überstaatlicher und internationaler Organisation, in DVBl. 1953, 491 ff.
--	Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 309 ff.
Weber, Werner	Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951
Wengler, Wilhelm	Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht, Tübingen 1956

Wintrich, Josef	Über Eigenart und Methode verfassungsrechtlicher Rechtsprechung, in Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, S. 227 ff.
--	Ansprache, in Ansprachen zur Amtseinführung des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Dr. Josef Wintrich am 9.6.1954, Karlsruhe 1954
Wintrich-Lechner	Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbband, Berlin 1959, S. 643 ff.
Wolff, Hans H.	Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquelle, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33 ff
--	Verwaltungsrecht I, 5. Aufl., München und Berlin 1963

ABKÜRZUNGEN

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Orte
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidungen
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
h.L.	herrschende Lehre
i.e.S.	im engeren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuV	Justiz und Verwaltung
JZ	Juristenzeitung
LS	Leitsatz
LVG	Landesverwaltungsgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht

PBefG	Personenbeförderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
Ztschr.	Zeitschrift

§ 1 EINLEITUNG

Die Unbestimmtheit mancher Begriffe der Verfassung [1] wird vielfach beklagt, und es werden die Gefahren aufgezeigt, die sich aus solcher Unbestimmtheit für die Verfassungsgerichtsbarkeit ergeben. [2]

Die Problematik dieser Unbestimmtheit soll mit der vorliegenden Untersuchung in einen größeren Zusammenhang eingeordnet werden.

Bisher ist die Unbestimmtheit von Begriffen nur für das Verwaltungsrecht theoretisch erörtert worden. Seit 1945 ist im Verwaltungsrecht eine äußerst lebhafte Diskussion über die unbestimmten Begriffe im Gange. Dabei geht es darum, ob und inwieweit unbestimmte Begriffe (unbestimmte Gesetzesbegriffe, auch unbestimmte Rechtsbegriffe genannt) die Verwaltung binden. Es soll geklärt werden, wann die Verwaltungsbehörde bei der Anwendung eines unbestimmten Begriffs ihr Ermessen betätigt oder wann sie eine bereits vom Gesetz durch den unbestimmten Begriff bindend vorgegebene Regelung vollzieht.

Diese Frage interessiert vornehmlich unter dem Gesichtspunkt, inwieweit die Verwaltungsgerichte die Anwendung eines unbestimmten Begriffs durch die Verwaltungsbehörde nachprüfen können. Nach 1945 ist dieses Problem wegen der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel besonders dringlich geworden. Um die Kontrolle der Verwaltung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Freiheit der Verwaltung in ein vernünftiges Verhältnis zu bringen, werden die unbestimmten Begriffe rechtstheoretisch erhellt; der Vorgang der Anwendung eines unbestimmten Begriffs wird untersucht, um die Möglichkeit einer Kontrolle dieser Anwendung abzugrenzen. Der Zweck solcher theoretischen Untersuchungen der unbestimmten Begriffe ist es, die Verwaltungsgerichte bei ihrer Kontrolle auf die Entscheidung von Rechtsfragen zu beschränken; das Ermessen des Gerichts soll nicht an die Stelle des Ermessens der Verwaltungsbehörde treten. Es soll erreicht werden, daß die Verwaltungsgerichte, wenn sie das Handeln der Verwaltungsbehörde an den unbestimmten Begriffen messen - wenn sie also selbst die unbestimmten Begriffe anwenden -, nicht ihre einzige Funktion als Gerichte, nämlich die Rechtsanwendung, überschreiten. Es soll verhindert werden, daß das Gleichgewicht der Gewalten, das infolge der parteipolitischen Symbiose zwischen Parlament und Regierung gestört, jedoch durch die Festigung

---

1) Das Bonner Grundgesetz wird trotz seiner Vorläufigkeit überwiegend als Verfassung angesehen und soll auch hier als solche behandelt werden; vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht S. 40, Scheuner, Grundfragen S. 132, BVerfGE 1, 368

2) Jahrreiß JuV 50, 123; Freund, Gegenwart 52, 457 ("gesetzgeberische Andeutungen und Fetzen") Berger DVBl. 48, 79; v. Mangoldt, 1. Aufl., Anm. 4 zu Art. 21 GG

der richterlichen Gewalt und die Ausprägung der rechtlichen Kontrolle durch die Richter wiederhergestellt worden ist [1], nun von Seiten der Gerichte gestört wird. [2]

Sieht man die verwaltungsrechtliche Diskussion auf diesem Hintergrund, so erscheint es geboten - wegen der Einführung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Bonner Grundgesetz -, auch einmal unbestimmte Begriffe der Verfassung auf die mit ihrer Verwendung verbundene Problematik hin zu untersuchen, insbesondere daraufhin, wie das BVerfG solche unbestimmten Begriffe handhabt.

Aus der Fülle der unbestimmten Begriffe in der Verfassung sind die Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung" ausgewählt worden. Damit stehen ein überkommener Begriff, der durch die Hinzufügung des Wortes "sozial" im Bonner Grundgesetz besonders problematisch geworden ist, und ein neuer im GG erstmalig verwendeter Begriff zur Untersuchung.

Zur Terminologie sei folgendes klärend vorausgeschickt: Immer wieder wird darauf hingewiesen, daß alle Begriffe, sofern es sich nicht etwa um Begriffe der Naturwissenschaft handele, mehr oder weniger unbestimmt seien. [3] Andererseits wird der Ausdruck "unbestimmter Rechtsbegriff" für eine contradictio in adiecto erklärt, da die Bestimmtheit gerade erst einen Begriff ausmache. [4] Wenn im Verlaufe dieser Untersuchung von unbestimmten Begriffen gesprochen wird, so sind damit solche Begriffe gemeint, bei denen die Unbestimmtheit einen besonders hohen Grad erreicht, so daß bei ihnen zweifelhaft wird, ob der Gesetzgeber mit ihrer Verwendung eine Bindung oder eine Freiheit zur eigenen Entscheidung hat bewirken wollen. Darüber, welche Begriffe in diesem Sinne als unbestimmt zu bezeichnen sind, besteht im wesentlichen Einigkeit. [5] Es handelt sich um Begriffe wie "öffentliches Interesse", "Leichtigkeit des Verkehrs", "anständige Baugesinnung" etc. [6]

Diese Begriffe werden häufig unbestimmte Rechtsbegriffe genannt. Man kann zwar alle Begriffe, die in Rechtssätzen enthalten sind, als Rechtsbegriffe bezeichnen; diese Bezeichnung ist jedoch gefährlich, weil aus ihr geschlossen werden könnte, daß sie - als "Rechtsbegriffe" - stets voller richterlicher Überprüfung zugänglich seien [7], was ja erst zu untersuchen ist. [8]

---

1) vgl. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat S. 339

2) vgl. auch BGH, Gutachten vom 6.9.1953 in NJW 54, 347

3) vgl. z.B. Jarosch DVBl. 54, 521 Anm. 2; Bachof DVBl. 57, 789 und JZ 58, 290

4) Loppuch DVBl. 55, 417; nach Loppuch sind die unbestimmten "Begriffe" nur Stichworte, bei deren Nennung man sich einige markante Fälle vorstellen kann.

5) vgl. Jesch DÖV 56, 77 Anm. 2

6) vgl. z.B. die Aufstellung bei Wolff, Verwaltungsrecht, Allg. T. § 31 I c

7) so Wolff aaO.

8) unscharf daher Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung S. 178 f.; Klinger nennt es herrschenden Brauch, daß diese Begriffe "unbestimmte Rechtsbegriffe" genannt

Wolff empfiehlt daher, diese Begriffe "unbestimmte Gesetzesbegriffe" zu nennen. [1] Dieser Ausdruck ist aber ebenfalls nicht eindeutig, da nicht klar wird, ob auch die in Verordnungen enthaltenen unbestimmten Begriffe damit gemeint sind. [2] Für die vorliegende Untersuchung, die unbestimmte Begriffe der Verfassung zum Gegenstand hat, erscheint es zudem nicht zweckmäßig, den Ausdruck "unbestimmte Gesetzesbegriffe" zu verwenden. Es soll daher zunächst ganz allgemein von dem Ausdruck "unbestimmter Begriff" ausgegangen werden, um dann zu untersuchen, ob die Anwendung eines solchen unbestimmten Begriffs Rechtsanwendung (durch Auslegung) oder Ermessensbetätigung ist. Nur im ersteren Falle soll der Begriff als unbestimmter R e c h t s begriff bezeichnet werden.

Aufgabe dieser Abhandlung ist es daher, zu untersuchen, ob die unbestimmten Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung" als unbestimmte Rechtsbegriffe (im engeren Sinne) der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegen.

Dabei wird auf die besondere Problematik der unbestimmten Begriffe im Verfassungsrecht einzugehen sein, die sich aus der Problematik des Verhältnisses von Recht und Politik ergibt. Die Einordnung der Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung" wird zum Schluß eine Antwort auf die immer wieder aufgeworfene Frage nach dem Wesen der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ermöglichen: Sind sie Rechtsentscheidungen oder sind sie politische Willensentscheidungen von Streitigkeiten, deren Zuweisung an das Verfassungsgericht eine "unkeusche Zumutung von seiten des Gesetzgebers" bedeutet, wie es Kaufmann [3] überspitzt formuliert hat?

Fortsetzung der Fußnote 8 von Seite 2:
werden; er setzt voraus, daß eine einwandfreie Auslegung nur zu einer einzigen als richtig erkannten Lösung führen kann und schließt daraus die volle Überprüfbarkeit.

1) aaO.; so auch Bachof JZ 55, 98

2) vgl. Jesch AöR 82, 167

3) in VVDStRL 9, 2; vgl. zu dieser Frage die Referate von Kaufmann und Draht über "Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit" in VVDStRL 9, 2 ff. bzw. 17 ff.

TEIL A
DIE BEGRIFFE "RECHTSSTAAT" UND "FREIHEITLICHE DEMOKRATISCHE GRUNDORDNUNG", IHRE ENTWICKLUNG UND ANWENDUNG.

§ 2 DER RECHTSSTAATSBEGRIFF UND SEINE ENTWICKLUNG

"Immer ist das tiefste Problem der Staatsrechtswissenschaft das Verhältnis von Staat und Recht und damit die Frage nach dem Sinn und Wesen des Rechtsstaats gewesen." 1)

Wenn es auch nicht die Aufgabe dieser Untersuchung ist, eine Analyse des Rechtsstaatsbegriffs und seiner historischen Entwicklung zu geben, so erscheint es doch unumgänglich, den eigentlichen Untersuchungen eine kurze Charakterisierung des Rechtsstaatsbegriffes voranzustellen.

"Rechtsstaat ... ist ein Staat, dessen Zweck die Schaffung und Erhaltung eines materiell gerechten Rechtszustandes ist." 2) Dieser Begriff des Rechtsstaates bezeichnet ein zeitloses Ideal; er ruht nach Peters 3) auf ethischer Basis 4); "er bedeutet die Bändigung der Macht im Interesse eines als existent anerkannten verstaatlichten Rechts." 5) Versucht man jedoch, diesen sehr allgemeinen Begriff des Rechtsstaates näher zu bestimmen, so stellt man fest, daß der Begriff "Rechtsstaat" vieldeutig ist. 6) Die Vorstellungen über das, was den Rechtsstaat ausmacht, haben sich gewandelt. 7)

Der Rechtsstaatsgedanke ist in Gegenrichtung gegen den absoluten Polizeistaat des 18. Jahrhunderts entstanden 8), sein Ziel ist die Verwirklichung der Freiheit des einzelnen. Dabei versucht die ältere Rechtsstaatslehre (Kant, Fichte und Wilhelm v. Humboldt) - die das Wort "Rechtsstaat" noch nicht kennt -, den I n h a l t des Verhältnisses von Staat und Bürger zu bestimmen. Ihr Anliegen ist eine Begrenzung des Staatszwecks, ihr Rechtsstaatsbegriff ein materieller; 9) ihre politische Idee ist es, "den Rechtsstaatsbegriff als Ausdruck für die innere Qualität des Staates zu bestimmen". 10)

---

1) Koellreutter, Rechtsstaat S. 4
2) v. Mangoldt - Klein Anm. VI 1 zu Art. 20 GG (S. 600)
3) Rechtsstaat S. 67
4) ähnlich bereits Triepel in VVDStRL 7, 197, der den Rechtsstaat einen Ewigkeitswert nennt; hierzu Menger, Begriff des sozialen Rechtsstaates S. 6
5) Peters aaO.
6) Menger aaO. S. 5; Peters aaO. S. 66 f.
7) zur geschichtlichen Grundlegung vgl. Kemmann, Diss. S. 5 ff.
8) vgl. hierzu und zum folgenden Asanger, Diss. S. 3 ff. sowie Kemmann S. 14 ff.
9) Menger aaO. S. 10 f.
10) vgl. Kemmann S. 17 und Thoma, Rechtsstaatsidee JöR 4, 200 f.

Auch Robert v. Mohl, der den Begriff "Rechtsstaat" in die Wissenschaft eingeführt hat [1], geht vom Zweck des Staates aus. Gewährung von Rechtsschutz und Förderung der menschlichen Lebenszwecke sind dessen Aufgaben, wobei er nur ergänzend neben dem Bürger tätig wird.

Dieser materielle Rechtsstaatsbegriff wird jedoch in der Folgezeit zugunsten eines formellen Rechtsstaatsbegriffes aufgegeben. Der formelle Rechtsstaatsbegriff, der sich zuerst bei F.J. Stahl [2], dann bei Otto Bähr, Rudolf v. Gneist und Lorenz v. Stein findet, wird von Thoma [3] wie folgt definiert: "Ein Staat ... ist Rechtsstaat in dem Maße, in dem seine Rechtsordnung die Bahnen und Grenzen der öffentlichen Gewalt normalisiert und durch unabhängige Gerichte, deren Autorität respektiert wird, kontrolliert." [4] Diese formale Rechtsstaatsidee wird von der Weimarer Reichsverfassung übernommen. [5]

Nach der völligen Beseitigung aller rechtsstaatlichen Prinzipien während des 3. Reiches war nach dem Zusammenbruch von 1945 der Ruf nach dem Rechtsstaat, und zwar nach einem materiellen Rechtsstaat, übermächtig. So findet sich denn auch im Bonner Grundgesetz eine Verbindung des formalen Rechtsstaatsprinzips mit seiner materialen Inhaltlichkeit. [6] Das Bonner Grundgesetz will einen materiellen Rechtsstaat verwirklichen. [7] Es will staatliches Handeln an oberste Werte binden. Das ergibt sich einmal aus der Invocatio Dei der Präambel, aus dem Bekenntnis zu unveräußerlichen Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG, aus der Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 GG sowie aus dem Nebeneinander von Gesetz und Recht in Art. 20 Abs. 3 GG. Zum anderen wird das Bestreben des Grundgesetzes, einen materiellen Rechtsstaat zu verwirklichen, dadurch deutlich, daß

---

1) Thoma JöR 4, 197; über eine noch frühere Verwendung des Wortes "Rechtsstaat" in den Elementen der Staatskunst von A.H. Müller 1809 vgl. Asanger S. 1 f.

2) Menger S. 12; Friedrich Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat S. 393. Bei Stahl heißt es: "Ein Staat soll Rechtsstaat sein ... Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern." (zitiert nach F. Klein aaO. S. 393 Anm. 3)

3) HbdDStR II, 233

4) über die fünf Elemente des formalen Rechtsstaats vgl. Thoma JöR 4, 214

5) vgl. hierzu im einzelnen Kemmann S. 26 f.

6) vgl. Bachof VVDStRL 12, 38 ff., 124; Abendroth VVDStRL 12, 87; Pfeifer VVDStRL 12, 112; Becker VVDStRL 8, 150 und Scheuner, Grundfragen S. 151

7) vgl. Menger S. 18; Böckenförde S. 31 und 42; gegen Menger Forsthoff in Festschrift für Carl Schmitt S. 49: Menger habe keine Interpretation sondern eine Analyse gegeben.

es den Rechtsstaat "sozial" nennt (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG). [1] Hierdurch wird die soziale Gerechtigkeit in Bezug genommen, die im übrigen auch sonst in der Verfassung, etwa in den Artikeln 2, 3, 6 Abs. 4, 14 Abs. 2 und 3 und 15 GG, als Maßstab dient. Unbestritten charakterisiert das Adjektiv "sozial" den Rechtsstaat. [2] Ob darüber hinaus mit diesem Wort die Sozialstaatlichkeit als ein Verfassungsprinzip ausgesprochen wird [3], mag hier dahingestellt bleiben. [4] Der soziale Rechtsstaat ist der Antipode des bürgerlich-liberalen Rechtsstaates. [5] Wenn sich das Bonner Grundgesetz somit zum sozialen Rechtsstaat bekennt, so bedeutet das eine Abkehr vom formalen, bürgerlich-liberalen Rechtsstaat. [6] Forsthoff sieht demgegenüber den Rechtsstaat rein im Formalen: "Der Rechtsstaat ist seinem Wesen nach nicht eine organisierte Gesinnungs- oder Erlebnisgemeinschaft, sondern ein institutionelles Gefüge oder, um kraß zu formulieren, ein System rechtstechnischer Kunstgriffe zur Gewährleistung gesetzlicher Freiheit." [7]

Der Begriff "Rechtsstaat" ist in Gegensatz zum Politischen gebracht worden. Thoma erwähnt neben der formal-juristischen noch eine politische Rechtsstaatsidee. Carl Schmitt sieht die bürgerlich-rechtsstaatliche Verfassung als eine gemischte Verfassung an, in der "der in sich selbständige und geschlossene rechtsstaatliche Bestandteil mit politischen Formelementen sich verbindet." [9] Peters [10] sieht als politischen Begriff des Rechtsstaates nur denjenigen an, der die Begrenzung der Staatszwecke zum Inhalt hat. Schließlich hat Maunz [11] neuerdings die Rechtsstaatlichkeit ein "unpolitisches Formprinzip" genannt.

Einer solchen Unterscheidung von "rechtsstaatlich" und "politisch" kann jedoch nicht gefolgt werden. Es ist hier nicht der Ort, einen Begriff des Politischen [12]

---

1) Den Begriff des "sozialen Rechtsstaates" hat Hermann Heller in die Literatur eingeführt; vgl. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? S. 8 ff., 11, 25

2) vgl. Bachof VVDStRL 12, 41

3) vgl. Kemmann S. 128

4) dazu kritisch Böckenförde S. 42 Anm. 5

5) Friedrich Klein aaO. S. 399

6) über die Antinomie, die darin liegt, daß das GG sich im Wortlaut zum sozialen Rechtsstaat bekennt, jedoch in seinem Inhalt weitgehend den bürgerlich-liberalen Rechtsstaat verwirklicht, vgl. Friedrich Klein aaO. S. 392 ff.

7) in Festschrift für Carl Schmitt S. 61; vgl. auch Forsthoff VVDStRL 12, 126 und DÖV 59, 41, wo der Rechtsstaat durch Begriffe wie "Technizität" und "Stilisierung der Herrschaftsmittel" gekennzeichnet wird.

8) JöR 4, 200

9) Verfassungslehre S. 202

10) Rechtsstaat S. 66

11) Deutsches Staatsrecht S. 63

12) eine Zusammenstellung der Definitionen des Politischen findet sich bei Grewe, Festgabe für Kaufmann S. 70; vgl. zum Begriff des Politischen Hanemann "Der

zu entwickeln, dessen bezeichnendstes Merkmal sein Widerstand gegen Definitionsversuche ist. [1] Mit Scheuner soll unter Politik verstanden werden die "schöpferische Entscheidung über die das staatliche Ganze berührenden Ziele und die Erringung und Ausübung sozialer Macht zu ihrer Durchsetzung". [2] Die sozialen Gruppen kämpfen um die Erringung der Macht im Staate. In welcher Art und Weise sie ausgeübt werden soll, darüber verhält sich der formale Rechtsstaatsbegriff. Aus der von Scheuner gegebenen Definition des Politischen ergibt sich daher unmittelbar, daß nicht nur der auf die Staatsziele abstellende materielle, sondern auch der die Ausübung staatlicher Macht durch Hemmungen und Kontrollen regelnde bürgerlich-liberale (formale) Rechtsstaatsbegriff eine politische Entscheidung impliziert. Die Strukturelemente des Rechtsstaates haben nur Sinn als Ausdruck einer politischen Idee. [3] Die zu Beginn skizzierte Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffes zeigt, wie der Rechtsstaatsbegriff sich mit den Veränderungen der politischen Verhältnisse gewandelt hat. [4] Die Typen des Rechtsstaates sind "Ausprägungen einer politischen Gesamtkonzeption." [5] Ein Gegensatz zwischen "politisch" und "rechtsstaatlich" besteht nicht. [6] "Rechtsstaatliches Denken ist nicht unpolitisches Denken, sondern eine besondere Art des politischen Denkens, und die bürgerlich-rechtsstaatlichen Bestandteile einer Verfassung gehören auch zu ihrem politischen System." [7]

Der Begriff "Rechtsstaat" ist mithin auch ein politischer Begriff. [8]

Fortsetzung der Fußnote 12 von Seite 6:
Begriff des Politischen in der deutschen Wissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts", der allerdings in rigoroser Simplifizierung den Wert aller Versuche, Politik begrifflich zu fassen, von Sokrates (S. 31) bis zu Grabowsky (S. 78 ff.) daran mißt, wieweit darin eine Annäherung an die Theorie der Freund-Feind-Unterscheidung Carl-Schmitts (in Der Begriff des Politischen) gefunden werden kann.

1) Bilfinger in Ztschr. für Politik 18, 283
2) in Festschrift für Smend S. 272; ähnlich ders., Grundfragen S. 135: "Der Bereich des Politischen bezeichnet die Sphäre der leitenden und gestaltenden Selbstbestimmung der Gemeinschaft, die Satzung der Staatsziele und die oberste zusammenfassende Leitung, das Ringen um den Besitz der Macht."
3) vgl. Kemmann S. 117 f.
4) so auch Asanger S. 51
5) Menger aaO. S. 7; vgl. auch Scheuner, Grundfragen S. 151: "anderthalb Jahrhunderte haben dem Begriff einen ganz bestimmten ... historisch-politischen Inhalt gegeben", sowie Koellreutter, Rechtsstaat S. 4: "Der Rechtsstaat einer bestimmten Zeit enthält immer auch einen bestimmten politischen Gehalt."
6) vgl. de Haan, Diss. S. 23; Bruns, Völkerrecht als Rechtsordnung S. 467; Jerusalem, Staatsgerichtsbarkeit S. 86
7) Triepel VVDStRL 5, 7
8) ebenso Asanger S. 9 und 51

§ 3 DER BEGRIFF "RECHTSSTAAT" IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Das BVerfG hat häufig zum Begriff "Rechtsstaat" Stellung genommen. Dabei erscheint das Wort "Rechtsstaat" meistens in den Verbindungen "Rechtsstaatsprinzip" und "Rechtsstaatlichkeit", sowie als Eigenschaftswort "rechtsstaatlich".

Das BVerfG stellt fest, daß das rechtsstaatliche Prinzip neben dem Prinzip der Demokratie und dem bundesstaatlichen Prinzip zu den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes gehört [1]; es gehört zu den im Grundgesetz getroffenen Grundentscheidungen, die echte Gerechtigkeitspostulate verwirklichen wollen. [2] Das Rechtsstaatsprinzip wird eine Leitidee des Grundgesetzes genannt; "das ergibt sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes". [3] Das Rechtsstaatsprinzip enthält "keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote von Verfassungsrang, sondern ist ein Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten bedarf" [4]. Das BVerfG hat solche Konkretisierungen vorgenommen. So hat es ausgesprochen, daß das Rechtsstaatsprinzip als wesentlichen Bestandteil die Rechtssicherheit enthält. [5] Die Rechtssicherheit "verlangt nicht nur einen geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluß, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist" [6]. Das BVerfG hat daher das nordrhein-westfälische Gesetz über das Beanstandungsrecht in Haftentschädigungssachen vom 3.8.1951, das dem Innenminister ein Beanstandungsrecht einräumte, nachdem die Kammer für Haftentschädigungssachen einen Anspruch auf Haftentschädigung rechtskräftig festgestellt hatte, für verfassungswidrig erklärt. Es führt dazu aus: "Rechtsfriede und Rechtssicherheit sind von so zentraler Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit, daß um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muß." [7] Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit hat das BVerfG auch

---

1) BVerfGE 1, 18 LS 28
2) BVerfGE 3, 237; 6, 41
3) BVerfGE 2, 403
4) BVerfGE 7, 89 (92 f)
5) BVerfGE 2, 380 (403); 3, (237); 7, 89 (92)
6) BVerfGE 2, 403
7) BVerfGE 2, 403

die Auslegung des Grundsatzes "ne bis in idem", - die dahin geht, daß eine Bestrafung wegen einer durch Strafbefehl erfaßten Tat unter anderem rechtlichen Gesichtspunkt noch einmal erfolgen kann, wenn eine erhöhte Strafbarkeit begründet ist -, überprüft mit dem Ergebnis, daß diese Auslegung "die das Grundgesetz beherrschenden Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit nicht verletzt" [1]. Das BVerfG stellt hier neben der Rechtssicherheit, dem formalen Element der Rechtsstaatlichkeit, auch auf deren materielle Komponente, die Gerechtigkeit, ab. Aus dieser folgt z. B. für das Strafrecht der rechtsstaatliche Grundsatz, daß die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß. [2] Ein weiteres Element der Rechtsstaatlichkeit ist die Voraussehbarkeit. [3] Der Einzelne muß wissen, inwieweit die Verwaltung in seinen Rechtskreis eingreifen darf. [4] Ferner ergibt sich daraus, daß ein Gesetz, das auf andere Normen verweist, nur dann den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit genügt, wenn es klar erkennen läßt, welche Normen gelten sollen. [5] Das BVerfG hat daher die Apothekenstoppgesetze für nichtig erklärt, weil es dort hieß, eine Erlaubnis oder Berechtigung zur Errichtung einer Apotheke dürfe nur auf Grund der Bestimmungen erteilt werden, die am 15. Oktober 1945 in den einzelnen Ländern des Bundesgebietes gegolten hätten. Eine solch ungenaue Verweisung widerspricht dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. Zur Rückwirkung von Gesetzen hat das BVerfG bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der §§ 27, 28 Abs. 2 des hamburgischen Hundesteuergesetzes ausgeführt, daß ein Abgabengesetz durch seine Rückwirkung die rechtsstaatlichen Grenzen jedenfalls dann nicht überschreitet, "wenn die finanzielle Belastung v o r a u s s e h b a r , durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt und im einzelnen unbedeutend ist" [6]. Im übrigen verbietet das Rechtsstaatsprinzip nicht schlechthin die Rückwirkung von Gesetzen [7], da neben der Voraussehbarkeit auch Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zur Rechtsstaatlichkeit gehören und diese verschiedenen Seiten in der Gesetzgebung nicht immer gleichmäßig berücksichtigt werden können. [8] So ist der Gesetzgeber durch das Rechtsstaatsprinzip auch nicht gehindert, Mängel eines Gesetzes, die sich erst beim Vollzug dieses Gesetzes herausgestellt haben, durch einschränkende Einzelregelungen zu korrigieren, auch wenn sich das in irgendeiner Weise zu ungunsten eines von der ursprüng-

1) BV erfGE 3, 253
2) BVerfGE 6, 439 (" ... damit genügt dieser Strafrahmen rechtsstaatlichen Grundsätzen.")
3) BVerfGE 7, 89 (92)
4) BVerfGE 9, 137
5) BVerfGE 5, 25
6) BVerfGE 7, 89 (93)
7) BVerfGE 1, 264 (280); 2, 237 (264 ff.); 3, 58 (150)
8) BVerfGE 7, 89 (92)

lichen Regelung Begünstigten auswirkt. [1] Eine weiter Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips ist der Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. [2] Dieser Grundsatz verlangt, daß eine Ermächtigung zum Erlaß einer Verordnung nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist. Das BVerfGE hat demzufolge die §§ 8, 18 Abs. 1 Nr. 1 des Umsatzsteuergesetzes, durch die eine Steuer eingeführt, dem Verordnungsgeber jedoch überlassen wurde, das für die Steue Wesentliche zu bestimmen, wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Rechtsstaatlichke für nichtig erklärt. [3] Bei der Prüfung der 1. Anordnung des Verwaltungsamtes des Reichsbauernführers zur Verordnung über den Anbau von Weinreben heißt es: Das Rechtsstaatsprinzip gebietet, "daß der Gesetzgeber die staatlicher Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre selbst abgrenzt und dies nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörden überläßt" [4]. (Das Erfordernis der Bestimmtheit der Ermächtigung ergibt sich überdies aus der zum Rechtsstaatsprinzip gehörigen Forderung nach Voraussehbarkeit, so, wenn das BVerfG ausführt, daß schon aus der gesetzlichen Ermächtigung und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung erkennbar und v o r h e r s e h b a r sein müsse, was von dem Bürger gefordert werden kann) [5]. Dagegen verwehren es die Grundsätze des Rechtsstaates, insbesondere das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, dem Gesetzgeber nicht, Generalklauseln oder unbestimmte Begriffe zu verwenden oder der Verwaltungsbehörde einen Ermessensspielraum einzuräumen. [6] Er muß dann aber hinreichend bestimmte Tatbestände schaffen, an die die Verwaltung sich halten kann. So hat das BVerfG bei der Prüfung einer Verordnung über die Herstellung von Arzneifertigwaren, die ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt enthielt, jedoch nichts darüber bestimmte, unter welchen Umständen die Erlaubnis erteilt werden konnte, folgendes ausgeführt: "Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist auch im Rechtsstaat ein zulässiges gesetzestechnisches Mittel. Zu den Grundsätzen des Rechtsstaates gehört jedoch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dies bedeutet, daß das Gesetz der Entschlußfreiheit der Behörden hinreichende rechtliche Schranken setzen, die Tatbestände, unter denen eine Behörde eine Erlaubnis zu erteilen oder zu versagen hat, normieren, und, soweit Raum für ein behördliches Ermessen ist, dessen Grenzen abstecken muß. Der Verordnung fehlt das Mindestmaß an solchen normierten Tatbeständen." [7]

Gegen diese Anforderung verstößt eine Rechtsverordnung, die den Umfang einer

1) BVerfGE 7, 151 f. zur sog. lex-Schörner
2) BVerfGE 9, 147
3) BVerfGE 7, 282; vgl. auch BVerfGE 10, 258
4) BVerfGE 8, 71; ebenso BVerfGE 9, 87
5) BVerfGE 7, 302
6) BVerfGE 8, 326; 9, 137; vgl. hierzu Reuß DVBl. 59, 536
7) BVerfGE 9, 87

Grundrechtsbeschränkung völlig dem Verwaltungsermessen überläßt. [1]

In diesem Zusammenhang leitet das BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip auch das Gebot der Normenklarheit ab. Mit Bezug auf den § 24 Abs. 1 Nr. 2 GVG heißt es: "Der Begriff 'besondere Bedeutung' ist auch nicht so unbestimmt, daß er gegen das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit verstieße oder gar unpraktikabel wäre." [2]

Des weiteren hat das BVerfG im Zusammenhang mit dem Begriff "Rechtsstaat" festgestellt: Die Vollstreckung aus einem sowjetzonalen Strafurteil in der Bundesrepublik ist unzulässig, wenn das Urteil wesentliche rechtsstaatliche Grundsätze verletzt [3], z.B. das rechtliche Gehör [4].

Es ist ein rechtsstaatlicher Grundsatz, daß der Staatsbürger, in dessen Rechte eingegriffen wird, einen Anspruch darauf hat, die Gründe dafür zu erfahren. [5]

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, der das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung verwirklicht, erfüllt nur dann seine rechtsstaatliche Funktion, wenn er auch dagegen schützt, daß ein ausgeschlossener Richter durch seine Autorität richterliche Handlungen in ihrem konkreten Inhalt maßgeblich beeinflußt. [6] (Das BVerfG hob daher ein Strafurteil auf, weil die Anberaumung des Hauptverhandlungstermins von dem ausgeschlossenen Kammervorsitzenden beeinflußt worden war.)

Das Tätigwerden des Volkes als Staatsorgan ist im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat durch Kompetenznormen verfassungsrechtlich begrenzt. [7]

Das Rechtsstaatsprinzip fordert nicht, daß jeder Rechtsweg einen Instanzenzug haben muß. [8]

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das BVerfG die Leitidee "Rechtsstaat" konkretisiert und für den Einzelfall ganz bestimmte Regeln daraus hergeleitet hat. Dadurch ist es ihm möglich, Akte aller drei staatlichen Gewalten auf ihre Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip zu überprüfen.

---

1) BVerfGE 8, 71
2) BVerfGE 9, 229
3) BVerfGE 1, 332
4) BVerfGE 1, 348; hierzu auch BVerfGE 9, 95
5) BVerfGE 6, 44
6) BVerfGE 4, 416 f.
7) BVerfGE 8, 115 f. zu den Gesetzen betr. Volksbefragung über Atomwaffen
8) BVerfGE 4, 74; 8, 181

§ 4 DER BEGRIFF "FREIHEITLICHE DEMOKRATISCHE GRUNDORDNUNG"

Im Gegensatz zu dem Begriff "Rechtsstaat", der bereits anderthalb Jahrhunderte alt ist, ist der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" ein neuer Begriff. Er kommt erstmalig im Bonner Grundgesetz vor, und zwar wird er an drei Stellen, - in den Art. 18 Satz 1, 21 Abs. 2 Satz 1 und 91 Abs. 1 GG -, verwendet. Ebenso wie das Bekenntnis des Grundgesetzes zur Rechtsstaatlichkeit [1] - das die Weimarer Reichsverfassung nicht enthielt -, ist auch die Schaffung des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" politisch zu erklären. Nach den Erfahrungen der Weimarer Zeit erschien es dem Verfassungsgeber geboten, den Bürger vor dem politischen Selbstmord zu schützen und ihm die Freiheit zur Beseitigung der Freiheit zu verwehren. Auch der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" kann daher als ein politischer Begriff bezeichnet werden, insofern als durch ihn der politischen Betätigung von vornherein eine Grenze gezogen und ein grundlegender Bestandteil der staatlichen Ordnung gegen jede politische Tätigkeit abgeschirmt wird: Die Grundrechte dürfen nicht zum Kampf gegen diese Ordnung mißbraucht werden (Art. 18 GG) und keine Partei darf darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beseitigen (Art. 21 GG).

Der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" ist mit dem Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" verwandt. Die "freiheitliche demokratische Grundordnung" umfaßt innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung, der staatlichen Gesamtordnung, jedoch nur die Grundwerte [2], die "grundlegenden Prinzipien, die der staatlichen Grundordnung das freiheitliche demokratische Gepräge verleihen" [3]. "Die freiheitliche demokratische Grundordnung verhält sich zur verfassungsmäßigen Ordnung wie ein engerer Kreis zu einem weiteren Kreis mit demselben Mittelpunkt." [4] Der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" hat durch das BVerfG im SRP-Urteil eine richtungweisende Auslegung erfahren, die wegen ihrer Bedeutung hier wörtlich wiedergegeben werden soll. Es heißt dort [5]: "So läßt sich die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine Ordnung bestimmen, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt - und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht auf Leben und freie Ent-

---

1) vgl. hierzu Menger aaO. S. 4

2) BVerfG in SRP-Urteil S. 16

3) Wernicke in BK Anm. II 1 d zu Art. 18 und Anm. II 2 b zu Art. 21 GG

4) v. Mangoldt-Klein Anm. III 4 b zu Art. 18 GG (S. 533)

5) SRP-Urteil S. 16 f.

faltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition".

Hierauf hat das BVerfG in späteren Entscheidungen Bezug genommen. 1)

Nach dieser zunächst empirischen Bestandsaufnahme hinsichtlich der beiden zur Untersuchung stehenden Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung" kann nun im folgenden Teil B mit den theoretischen Ausführungen begonnen werden.

1) vgl. KPD-Urteil S. 597 und bzgl. Art. 18 BVerfGE 10, 123; vgl. ferner das Beamtenurteil (BVerfGE 3, 59 ff.), wo die freiheitliche demokratische Grundordnung ein "umfassendes Staatsprinzip" genannt wird (S. 118).

TEIL B

DIE PROBLEMATIK DER UNBESTIMMTEN BEGRIFFE.

§ 5 DIE UNBESTIMMTHEIT VON BEGRIFFEN IM VERWALTUNGSRECHT

Wie in der Einleitung (§ 1) bereits angedeutet wurde, soll die Problematik, die sich aus der Verwendung unbestimmter Begriffe in der Verfassung ergibt, in einem größeren Zusammenhang hineingestellt werden. Anstoß für eine solche Untersuchung ist die fortschreitende Tendenz, staatliches Handeln einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen, eine Tendenz, die sich in der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel und einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit niedergeschlagen hat. Die Fragestellung lautet dabei in allgemeinster Formulierung:

Wie ist eine gerichtliche Kontrolle staatlichen Handelns möglich, wenn der Gesetzgeber, sei es der einfache oder der Verfassungsgesetzgeber, sich zur Normierung dieses Handelns unbestimmter Begriffe bedient, wenn also die Gerichte (Verwaltungs- oder Verfassungsgerichte) bei ihrer Kontrolle unbestimmte Begriffe anzuwenden haben?

Unbestimmte Begriffe des Verwaltungsrechts sind auf diese Problematik hin vielfach untersucht worden.

"Man wird ohne Übertreibung sagen dürfen, daß die Frage nach dem Verhältnis von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriff das gegenwärtig meist behandelte Thema des deutschen Verwaltungsrechts ist. Die Flut der einschlägigen Äußerungen in Schrifttum und Rechtsprechung ist unübersehbar". [1]Eine ausführliche Darstellung dieser verwaltungsrechtlichen Auseinandersetzung ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung. Ein Eingehen auf die verwaltungsrechtliche Problematik ist jedoch unerläßlich, um einen Ausgangspunkt für die Erörterung der Unbestimmtheit der Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung" zu gewinnen und den oben aufgezeigten Zusammenhang herzustellen.

Nachdem man zunächst (im 19. Jahrhundert) die unbestimmten Begriffe als Ermessensbegriffe behandelt hatte, ging die Rechtsprechung immer mehr dazu über, diese Begriffe als Rechtsbegriffe zu handhaben und ihre Anwendung durch die Verwaltungsbehörden im vollen Umfange nachzuprüfen. [2] Unbestritten war jedoch, daß die Verwendung eines unbestimmten Begriffes zweierlei bedeuten kann: Entweder ist der unbestimmte Begriff ein Rechtsbegriff, was zu einer völligen Bindung der

---

1) Bachof JZ 55, 97

2) vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, Allg. T. § 31 I c und insbesondere Loening DVBl. 52, 199 f.

Verwaltungsbehörde führt, oder die Behörde wird durch den unbestimmten Begriff zu einer Ermessensentscheidung ermächtigt. [1] Ob das eine oder das andere zutrifft, ist durch Auslegung des Gesetzes zu ermitteln. [2]

Liegt ein unbestimmter Rechtsbegriff vor, so kann die Auslegung dieses Begriffes nur zu einer einzigen als richtig erkannten Lösung führen. Die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ist ein Vorgang "der menschlichen Erkenntnis, dessen Ergebnis nur richtig oder unrichtig sein kann, mag auch die Begrenztheit des menschlichen Erkenntnisvermögens vielfach nur eine möglichst große Annäherung an das richtige zulassen" [3]. Bei der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs muß eine vom Gesetzgeber vorgegebene Wertung nachvollzogen werden. Ob ein Sachverhalt unter einen als Rechtsbegriff erkannten unbestimmten Begriff subsumiert werden kann, ist daher eine Rechtsfrage, die der vollen Nachprüfung des Gerichts unterliegt. [4]

Verbirgt sich aber hinter der Verwendung eines unbestimmten Begriffs eine vom Gesetzgeber gewollte Mehrdeutigkeit, so heißt das, daß der Gesetzgeber die Lösung der Frage von sich weist und sie dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde überläßt. Die Behörde ist von dem Gesetzesinhalt befreit. [5] Ihr Ermessen ist nach Forsthoff [6] "wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung", wobei es sich um die Verwirklichung von Werten handelt, die das Gesetz nicht unmittelbar selbst normiert hat, also um eine direkte Bezugnahme auf den Wert. Gegen die überkommene Meinung [7], die Verwendung eines unbestimmten Begriffes im Tatbestand eines Verwaltungsrechtssatzes könne entwe-

---

1) vgl. hierzu Ule in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 310; eine Zusammenstellung von Gerichtsentscheidungen, die in unbestimmten Begriffen Ermächtigung zu Ermessensentscheidungen sehen, daselbst S. 313

2) vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken S. 118

3) OVG Münster ZMR 56, 204 f. unter Anknüpfung an OVG Münster DVBl. 54 543; in diesem Sinne auch Loening DVBl. 52, 200; OVG Berlin DVBl. 52, 770; LVG Rhld.-Pfalz MDR 54, 188; vgl. auch Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung S. 179

4) dazu BverfGE 6, 32 (43) = JZ 57, 169: " ... ein unbestimmter Rechtsbegriff mit der Folge, daß die Frage, ob ein bestimmter Lebenssachverhalt unter diesen Begriff subsumiert werden kann, von den Verwaltungsgerichten in vollem Umfang nachzuprüfen ist."

5) W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 30

6) Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil S. 77

7) d a f ü r neuerlich R. Klein AöR 82, 75 ff.

der die Ermächtigung zu einer Ermessensentscheidung (Ermessensbegriff) oder die rechtliche Bindung der Verwaltungsbehörde (unbestimmter Rechtsbegriff) bedeuten, hat sich vor allem Reuß [1] gewandt.

Reuß' Ausgangspunkt ist die Kritik der herkömmlichen Ermessenslehre. Mit dem Wort "Ermessen" werden zwei völlig verschiedene Erscheinungen bezeichnet. Einmal versteht man unter Ermessen das sog. Handlungsermessen (volitives Ermessen) d.h. die Wahlfreiheit der Behörde zwischen mehreren gleicherweise erlaubten Verhaltensweisen. Zum anderen nennt man Ermessen auch das sog. Urteilsermessen (kognitives Ermessen) , das sich in der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe betätigt. Dieses letztere ist jedoch nach Reuß kein "Ermessen", [2] sondern ein Erkenntnisakt, die Grundsätze über das Handlungsermessen können daher auf das sog. Urteilsermessen nicht angewendet werden [3], so daß es begrifflich verfehlt ist, bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe überhaupt von Ermessen zu sprechen.

Zwischen Ermessensbegriff und unbestimmtem Rechtsbegriff besteht ein strukturbedingter Unterschied. Unbestimmte Begriffe sind ihrer Struktur zufolge stets Rechtsbegriffe, mögen die Schwierigkeiten bei ihrer Konkretisierung auch noch so groß sein. Der Gesetzgeber hat "mittels abstrakter Fernsteuerung des Soziallebens zu später aufgekommenen Störungen seines Ablaufs bereits im voraus im Sinne einer Lösung Stellung bezogen" [4]. Diese "in abstracto gegebene Lösung, die nur 'gefunden' werden muß, für den konkreten Fall mithin als präexistent vorausgesetzt wird", macht einen unbestimmten Begriff überhaupt zum Rechtsbegriff. [5] "Der unbestimmte Rechtsbegriff steckt also nicht etwa nur normativ einen Rahmen ab, vielmehr wird dieser Rahmen von ihm - meist im Wege der Verweisung auf Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft - durchgängig auch normativ ausgefüllt." [6] In der Charakterisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs stimmt Reuß also mit der bis dahin herrschenden Lehre überein. Das Neue bei Reuß ist seine Verneinung der Möglichkeit [7], daß

1) in DVBl. 53, 585 ff. und 649 ff.; dagegen ebenfalls, wenn auch in anderem Sinne als Reuß, Loppuch DVBl. 55, 417: die Entscheidung, ob "unbestimmter Rechtsbegriff" oder "Ermessensbegriff", beruhe auf einer Antizipation dessen, was angeblich bewiesen werden solle, sie sei vom Ergebnis her bestimmt.

2) hierzu kritisch Idel NJW 55, 734: Prüfungsermessen ist kognitives Ermessen.

3) aaO. 589

4) aaO. S. 587

5) aaO. S. 651

6) ebenda

7) diese Möglichkeit bejaht immerhin auch Loening DVBl. 52, 200 f., wenn er ausführt: "Die Fälle, in denen das Gesetz einen dehnbaren Begriff ausdrücklich zum Ermessens tatbestand erklärt, sind seltene Ausnahmen, die nur eine Bestätigung der Regel darstellen, daß dehnbare Begriffe ... unbestimmte Rechts begriffe sind."

der Gesetzgeber mit der Verwendung eines unbestimmten Begriffes in manchen Fällen eine abstrakte und für jeden Fall eindeutige Lösung nicht hat vornehmen wollen. [1] Hierzu äußert sich Reuß wie folgt: "Wenn es das Charakteristikum des unbestimmten Rechtsbegriffs ist, daß es auf die mit ihm aufgeworfene Frage nur e i n e - richtige - Antwort geben kann, so kann ... dieselbe Frage ihrer unabänderlichen inneren Struktur entsprechend nicht durch das Machtwort des Gesetzgebers dahin geändert werden, daß nach Wahl der Behörde plötzlich mehrere Antworten gleichermaßen richtig sein sollen." [2] Die Geschichte des unbestimmten Rechtsbegriffs ist für ihn daher "keine Geschichte einer begrifflichen Strukturwandlung, sondern eine Geschichte der fortschreitenden Rechtserkenntnis, die schließlich zur vollen Aufhellung des unbestimmten Rechtsbegriffs geführt hat". [3]

Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß Reuß zu einer vollen richterlichen Überprüfbarkeit aller unbestimmten Begriffe, die nach seiner Meinung ja sämtlich R e c h t s begriffe sind, gelangt. [4] Die Justiziabilität findet nur dort ihre Grenze, wo dem unbestimmten Begriff die Rechtsnormqualität abgesprochen werden muß. Das ist dann der Fall, wenn seine Unbestimmtheit einer Unbestimmbarkeit gleichkommt, wenn er nach durchschnittlicher sozialer, wirtschaftlicher oder technischer Anschauung nicht mit einem hinreichend bestimmten Rechtsgehalt gefüllt werden kann. [5] Hat der unbestimmte Begriff eine solche ausdeutbare Substanz nicht, so kommt ihm Rechtsnormqualität nicht zu; es handelt sich um einen "Blindflug" des Gesetzgebers. [6]

Reuß ist mit seiner Forderung der völligen Überprüfbarkeit a l l e r unbestimmten Begriffe allein geblieben.

Wie Reuß ist auch Bachof der Meinung, daß alle tatbestandlichen Begriffe, einschließlich der mehr oder minder bestimmten, Rechtsbegriffe sind, da ihr Sinn durch Auslegung zu ermitteln ist. [7] Man möge es auch für eine Rechtsfrage halten, ob die Behörde im konkreten Fall den Begriff richtig angewandt hat, wenn man damit nur nicht die Frage der gerichtlichen Nachprüfbarkeit verquicke. "Es sind eben zwei verschiedene 'Rechtsfragen', ob einerseits ein Sachverhalt objek-

---

1) vgl. z.B. BVerfGE 1, 92 ("Interessen des öffentlichen Verkehrs" ist Ermessensbegriff)

2) aaO. S. 586; dagegen Forsthoff aaO. S. 74 Anm. 2: Die Verwaltungsrechtsordnung wird durch die Einführung des gerichtlichen Rechtsschutzes strukturell verändert, und ihre Begriffe nehmen neue Gehalte an.

3) aaO. S. 650

4) aaO. S. 589

5) vgl. Giese JZ 52, 585 ff.

6) vgl. Reuß aaO. S. 654

7) in JZ 55, 98 und DVBl. 57, 789

tiv unter einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren ist, und ob andererseits die Behörde subjektiv einen Sachverhalt bei pflichtgemäßer Beurteilung unter einen Tatbestand subsumieren darf." [1] Dieses subjektive Dürfen bei pflichtgemäßer Beurteilung nennt Bachof "Beurteilungsspielraum". [2] Den Ausdruck "Ermessen" hierfür anzuwenden, hält er für einen Sprachmißbrauch, [3] da er an Reuß anknüpfend scharf zwischen Handlungsermessen und Urteilsermessen, welch letzteres er Beurteilungsspielraum nennt, unterscheidet. [4] Für die Beantwortung der Frage, wann durch die Verwendung eines unbestimmten Begriffes der Behörde ein solcher Beurteilungsspielraum zugestanden worden ist, stellt Bachof folgende Grundsätze auf: "Bei der Anwendung der unbestimmten Begriffe auf den Sachverhalt ist darauf abzustellen, ob das Gesetz der rechtsanwendenden Behörde einen unüberprüfbaren Spielraum einräumen w i l l. Hat der Gesetzgeber die ausdrückliche Bekundung dieser Absicht unterlassen, so muß bei W e r t begriffen darauf abgestellt werden, ob und wieweit die angesprochenen Wertvorstellungen überhaupt soweit objektivierbar sind, daß sie nur e i n e einzige richtige Entscheidung als möglich erscheinen lassen. Bei E r f a h r u n g s begriffen kommt es darauf an, ob in der Praxis eine hinreichend eindeutige Beurteilung des Sachverhalts, unter Berücksichtigung der Verantwortungslage der entscheidenden Behörde, möglich ist." [5] Ergibt diese Prüfung, daß das Gesetz der Behörde einen Beurteilungsspielraum einräumt, so hat das Gericht die Auslegung des Begriffes seitens der Behörde nachzuprüfen, hinsichtlich der Subsumtion darf das Gericht jedoch nur feststellen, ob die Behörde innerhalb des "Spielraums" verblieben ist.

Dieser Lehre vom "Beurteilungsspielraum" hält Reuß folgendes entgegen [6]: Wenn man sich bei manchen unbestimmten Begriffen gezwungen sehe, einen solchen Beurteilungsspielraum anzunehmen, so bedeute dies, daß bei der Konkretisierung dieses Begriffes die menschliche Erkenntnisfähigkeit erreicht sei. Wenn eine Bestimmbarkeit nicht mehr gegeben sei, so seien die Verwaltungsbehörde und das Gericht nicht

---

1) JZ 55, 99

2) gegen Bachof Bettermann in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 368: "Erstens besteht beim Beurteilungsermessen kein Spielraum. Durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe räumt der Gesetzgeber keine Freiheit zur Wahl zwischen mehreren Entscheidungen ein, sondern nur eine gewisse Freiheit zur Findung der (einzig) richtigen des Einzelfalles aus den Umständen. Zweitens kann die Verwaltung keinen Beurteilungsspielraum haben, weil sie nicht urteilt, sondern handelt." Gegen das Wort "Beurteilungsspielraum" Loppuch DVBl. 55, 379 ("ermessen" = "urteilen").

3) hiergegen mit eingehender Begründung vom Wortsinn her Rüdiger Klein AöR 82, 75 ff.; zum Sprachgebrauch vgl. ferner ders. JZ 56, 589 f. und Bachof ebenda 590 f.

4) JZ 55, 98

5) JZ 55, 102

6) DVBl. 59, 268

mehr dem Gesetz unterworfen. Man müsse dann aber zu dem Ergebnis kommen, "daß eine Rechtsnorm, die ein nichtjustiziables Normelement enthält, zugleich dem rechtsstaatlichen Grundsatz vom 'Vorbehalt des Gesetzes' nicht genügt."

Ebenso wie Bachof geht auch Jesch davon aus, daß es neben der voll überprüfbaren Rechtsfrage und der unüberprüfbaren Ermessensfrage noch ein drittes gibt: die nicht voll überprüfbare Rechtsfrage. [1] Da Jesch jede Interpretation eine vorweggenommene Subsumtion nennt [2] - weil ein Begriff erst durch die Subsumtion individueller Fälle unter diesen Begriff konkretisiert wird -, ist für ihn der Beurteilungsspielraum Interpretationsfreiheit. [3] Jedoch unterscheidet sich Jesch wesentlich von Bachof in der Ableitung des Beurteilungsspielraums. Nach Jesch folgt aus dem Zusammenhang des Gesetzmäßigkeitsprinzips mit Art. 19 Abs. 4 GG, "daß der einfache Gesetzgeber der Behörde keinen Interpretations- oder Subsumtionsspielraum einräumen darf". [4] Ein solcher Spielraum ist den Behörden aber durch einen Grundsatz von Verfassungsrang gegeben, und zwar dann, wenn ein unbestimmter Rechtsbegriff nicht auf eindeutig zu ermittelnde Anschauungen der Rechtsgemeinschaft verweist, so daß die Gerichte überfordert sind. [5] Ob das der Fall ist, entscheidet das Gericht, ohne an den Willen des Gesetzes gebunden zu sein. [6]

Neben der Lehre vom Beurteilungsspielraum hat die sog. Vertretbarkeitslehre von Ule Beachtung gefunden. Auch Ule ist der Ansicht, unbestimmte Begriffe seien immer Rechtsbegriffe. [7] In den Leitsätzen zu seinem Referat auf der Jahresversammlung der Verwaltungsgerichtspräsidenten am 18./19. Oktober 1954 [8] heißt es dazu: "Unbestimmte Begriffe im Tatbestand von Rechtssätzen sind stets unbestimmte Rechtsbegriffe, auch in Verwaltungsgesetzen. Es ist theoretisch unzulässig und praktisch undurchführbar, unbestimmte Begriffe in Ermächtigungen zu Ermessensentscheidungen umzudeuten". Aus der Rechtsweggarantie folgt auch, daß die Gerichte den Sachverhalt unter den Tatbestand der gesetzlichen Bestimmungen zu subsumieren haben, da ihnen sonst ein wesentlicher Teil ihrer Funktion genommen würde. [9] Da aber die unbestimmten Rechtsbegriffe emotionale Elemente enthalten, führt ihre Auslegung nach Ule nicht immer

---

1) vgl. JZ 58, 705 f.
2) AöR 82, 191
3) vgl. hierzu Bachof DVBl. 57, 790 (terminologische Unterscheidung)
4) JZ 58, 706 und AöR 82, 243
5) vgl. AöR 82, 241 ff.
6) JZ 58, 706
7) Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 309
8) vgl. den Bericht von Groß DVBl. 54, 739
9) DVBl. 53, 497 und Anm. 20 ebenda gegen Giese JZ 52, 585 ff.

zu einem eindeutigen Ergebnis. Häufig seien unbestimmte Rechtsbegriffe normative Begriffe. [1] Bei ihrer Auslegung seien Wertungen erforderlich. [2] Bei einem Werturteil könne man aber nicht von "richtig" und "falsch" sprechen. Die Spannung, die sich aus der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit ergibt, kann nach Ule "dadurch gemildert werden, daß die Verwaltungsgerichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ihren Entscheidungen die von der Verwaltung gefällten Werturteile zugrundelegen, sofern diese vertretbar sind". [3] Die Verwaltung ist durch die unbestimmten Rechtsbegriffe nur relativ gebunden. [4] Auch nach dieser Meinung hat das Verwaltungsgericht nur zu prüfen, ob sich die Behörde innerhalb des durch den unbestimmten Rechtsbegriff abgesteckten Rahmens gehalten hat.

Zu diesem Ergebnis kommt auch Wolff [5], der die unbestimmten Begriffe Typenbegriffe (im Gegensatz zu den bestimmten, den klassifikatorischen Begriffen) mit "fließenden" Merkmalen nennt. Die Anwendung eines solchen Typus-Begriffes hat der Gesetzgeber der besonderen Sachkenntnis und Erfahrung der Behörde anvertraut. Die Gerichte haben lediglich zu prüfen, ob die Behörde die Grenzen des Typusbereiches nicht überschritten hat.

Sowohl die Lehre vom Beurteilungsspielraum (Bachof) als auch die Vertretbarkeitslehre (Ule, Wolff) führen praktisch zu den gleichen Ergebnissen wie die Rechtsprechung, die anerkannte, daß durch die Verwendung eines unbestimmten Begriffes in manchen Fällen der Behörde ein "Ermessen" eingeräumt wird. So hat denn auch das Bundesverwaltungsgericht zunächst an seiner Terminologie festgehalten. Noch in dem Urteil BVerwGE 4, 89 = DVBl. 57, 786 ff. zu § 9 PBefG heißt es: "Hiernach ist der Senat der Meinung, daß der Behörde insofern bei der Anwendung des Begriffs der Interessen des öffentlichen Verkehrs ein Raum für ihr Ermessen bleibt." Unter Hinweis auf Ule, Jellinek - Gedächtnisschrift S 309 ff. fährt das Urteil fort: "Nach der Auffassung des Senats würde es im Ergebnis keinen Unterschied bedeuten, wenn man hier nicht von der Ausübung des Ermessens, sondern von der Auslegung eines mehrdeutigen Rechtsbegriffs in dem Sinne spräche, daß der Auslegung der Behörde grundsätzlich der Vorrang gebühre." [6] In einem obiter dictum in dem Urteil vom 29. 6. 1957 [7] hat sich das Bundesverwaltungsgericht dann zum Beurteilungsspielraum bekannt. Ein solcher wird angenommen, wenn in das Gesetz hineingelesen werden kann

1) Gedächtnisschrift für Walter Jellinek S. 318

2) aaO. S. 323 f.

3) vgl. hierzu Leitsatz 6 bei Groß DVBl. 54, 739

4) Gedächtnisschrift S. 315: "Hier ist die Verwaltung relativ gebunden und relativ frei."

5) Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, § 31 I c

6) BVerwGE 4, 92

7) BVerwGE 5, 153 ff. = NJW 58, 232 ff. = JZ 58, 285 ff. (zur Eignung eines Schülers)

daß die Behörde über das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nach pflichtgemäßer Beurteilung entscheiden darf. Das Urteil vom 6.3.1958 [1] zur Frage der Unterbelegung einer Wohnung gründet zum erstenmal auf der Lehre vom Beurteilungsspielraum. [2]

Dagegen ist das Bundesverwaltungsgericht in zwei neueren Entscheidungen zu § 9 PBefG von dem Ausdruck "Beurteilungsspielraum" wieder abgerückt. Einmal [3] heißt es, § 9 PBerfG gewähre der Behörde einen Rahmen, den man als Ermessensrahmen oder als Beurteilungsspielraum bezeichnen könne. In einer anderen Entscheidung [4] wird ausgeführt, wenn sich die Behörde ihre Meinung darüber gebildet habe, ob ein Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs zuwiderläuft, so habe sie eine Entscheidung nach ihrem Ermessen getroffen, "weil sie sich damit von mehreren Lösungen, von denen jede für sich im Sinne des öffentlichen Verkehrsinteresses Vorzüge besitzen kann, zu der nach ihrer Auffassung diesen Interessen am besten entsprechenden Regelung entschlossen hat." Die Entscheidung fährt fort: "Wenn verkehrspolitische und verkehrswirtschaftliche Planung und Gesamtgestaltung im Spiele sind, kann den Gerichten nur die Kontrolle auf Sachlichkeit, nicht aber auf objektive Richtigkeit der behördlichen Entscheidung anvertraut sein. Sie sind nicht zur Entscheidung darüber berufen, ob eine andere Regelung den öffentlichen Verkehrsinteressen im Einzelfall besser oder am besten dient." Hier ist das Bundesverwaltungsgericht also zu der alten Ansicht zurückgekehrt, daß der Gesetzgeber die Behörde durch einen unbestimmten Begriff zu einer Ausübung ihres Ermessens ermächtigt.

Gegenüber den Versuchen, die Problematik der unbestimmten Begriffe auf eine neue Art zu lösen, ist Rüdiger Klein [5] zu der überkommenen Einteilung der unbestimmten Begriffe in "Rechtsbegriffe" und "Ermessensbegriffe" zurückgekehrt, wobei er an Walter Jellinek [6] anknüpft. Ausgehend von einer auf den Sinn abstellenden Untersuchung des Wortes "Ermessen" bekämpft er die Unterscheidung von "volitivem" und "kognitivem" Ermessen. "Wohl gibt es engere und weitere Eingrenzungen des Ermessensraums, und weil der dem Verwaltungsermessen zugewiesene Raum nur kognitiv, und zwar durch der Idee nach objektiv erkennbare Gren-

1) BVerwGE 6, 177 ff. = JZ 58, 703 ff. mit im Ergebnis zustimmender, in der Begründung jedoch ablehnender Kritik von Jesch

2) Ebenso BVerwGE 8, 192 ff. (Befähigung eines Beamten) und OVG Hamburg MDR 59, 522 ff. und VGH Stuttgart zitiert nach Jesch AöR 82, 228 Anm. 249; vgl. auch BAG ZMR 56, 70: "Die wertende Subsumtion ist daher nicht schon dann Rechtsverletzung, wenn die letzte Instanz zu einem anderen Ergebnis kommen würde."

3) DVBl. 60, 169 (171)

4) DVBl. 60, 600

5) AöR 82, 75 ff.

6) Verwaltungsrecht S. 30 f.

zen faßbar gemacht werden kann, so wird irrtümlich, je enger diese Grenzen gezogen sind und je unsichtbarer deshalb der Ermessensraum ist, desto eher von kognitivem, je weiter die Eingrenzung und je auffälliger der Ermessensraum deshalb ist, desto rascher von volitivem Ermessen gesprochen." 1)

Eine Ermächtigung zu einer Ermessensentscheidung liegt nach Rüdiger Klein immer dann vor, wenn der Wille des Gesetzes auf Mehrdeutigkeit gerichtet ist. Ist der Gesetzeswille auf Eindeutigkeit gerichtet, so ist die eindeutige Lösung durch Auslegung zu ermitteln, es handelt sich um eine Rechtsfrage. Dabei ist "Kennzeichen der Auslegung nicht die reale Möglichkeit, sondern die reine Idee der Eindeutigkeit". 2)

Wenn ein Begriff in einem Gesetz in eindeutiger Weise ausgelegt werden kann, so liegt das nicht an diesem Begriff, sondern am Gesetz, "das ihn unter Umständen verwendet, die eben den Schluß auf einen auf Mehrdeutigkeit gerichteten Gesetzeswillen nicht zulassen". 3) Kann hingegen ein Begriff nicht eindeutig ausgelegt werden, so liegt das ebenfalls am Gesetzeswillen. Abgelehnt wird von Rüdiger Klein die Meinung Ules, "der Gesetzgeber m ü s s e Begriffe verwenden (und er tue das auch), deren Mehrdeutigkeit, obwohl von ihm nicht gewollt, so doch rechtlich beachtlich ist. Der Gesetzgeber täte also rechtlich, was er gar nicht will. Nicht er, sondern die Sprache bestimmte den Gesetzesinhalt, und Gesetzesanwendung wäre insofern eher eine Sache für Philologen als für Juristen". 4)

Bachofs Beurteilungsspielraum ist nach Rüdiger Klein nur ein anderes Wort für Ermessen. Rechtlicher Spielraum bedeutet eine Mehrzahl rechtlicher Möglichkeiten und die Auswahl aus dieser Mehrzahl erfordert willentliche Entscheidung. 5) Was rechtlich nicht eindeutig ist, kann nämlich nur im Wege ermessender Geistestätigkeit eindeutig angewendet werden. 6)

Lediglich zur Kennzeichnung der Spannweite der Diskussion soll zum Schluß dieser Übersicht - als Gegenpol zu der anfänglich behandelten Meinung von Reuß - eine Äußerung von Less 7) wiedergegeben werden: "Es gibt im Verwaltungsrecht keinen rechtskonstruktiv haltbaren unbestimmten Rechtsbegriff, weil er seiner bisher angenommenen erkenntnistheoretischen und begriffsjuristischen Herkunft und Struktur nach dem Verwaltungsrecht wesensfremd ist." Less meint, es handele sich bei den in Frage kommenden gesetzlichen Begriffen um "legislatorische Abwägungs- und Gestaltungsaufträge an die Verwaltung".

---

1) AöR 82, 96
2) aaO. S. 98
3) aaO..S. 108
4) aaO. S. 110
5) aaO. S. 103
6) aaO. S. 106
7) DÖV 57, 418 ff. (424)

§ 6 STELLUNGNAHME ZU DER DISKUSSION ÜBER UNBESTIMMTE BEGRIFFE IM VERWALTUNGSRECHT

Eine ausführliche Stellungnahme zu den im vorhergehenden skizzierten Meinungen über die Unbestimmtheit von Begriffen des Verwaltungsrechts würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Es muß jedoch kurz versucht werden, diese Meinungen gegeneinander abzuwägen, um festzustellen, wie überhaupt die Problematik der Unbestimmtheit von Begriffen sinnvoll gelöst werden kann. Damit soll ein Ausgangspunkt für die verfassungsrechtlichen Erörterungen gewonnen werden.

Die Unbestimmtheit von Begriffen wird in erster Linie theoretisch behandelt, um festzustellen, wann das Verwaltungsgericht die Anwendung eines unbestimmten Begriffs durch die Verwaltungsbehörde nachprüfen kann. Diese Nachprüfung stellt ihrerseits eine Anwendung des unbestimmten Begriffes durch das Gericht dar; sie kann daher nur dann durchgeführt werden, wenn die Anwendung des unbestimmten Begriffes ein Akt der Rechtsanwendung durch Auslegung ist, denn das Gericht ist lediglich zur Rechtsanwendung berufen. [1)]

Hat sich nun ein Verwaltungsgericht z. B. bei Nachprüfung eines Verwaltungsaktes auf eine Anfechtungsklage hin mit einem unbestimmten Begriff auseinanderzusetzen, so muß es sich zunächst klar darüber werden, ob die Anwendung des unbestimmten Begriffes durch die Verwaltungsbehörde voll nachprüfbar ist. Es muß also als erstes darüber befinden, ob die Anwendung des unbestimmten Begriffes durch Auslegung oder durch eine Ermessensbetätigung zu geschehen hat; nach dem Sprachgebrauch Bachofs heißt das, ob eine völlige Bindung der Behörde vorliegt oder ob der Behörde bei der Anwendung des unbestimmten Begriffes ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, denn daß durch j e d e n unbestimmten Begriff der Behörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, behauptet auch Bachof nicht.

---

1) Bei der Anwendung eines unbestimmten Begriffes durch die Verwaltungsbehörde ist die Frage, ob Rechtsanwendung oder Ermessensbetätigung, bedeutungslos, da die Verwaltung sowohl zur Rechtsanwendung durch Auslegung als auch zur Ausübung des Ermessens berufen ist.
Vgl. im Sinne dieser Anm. auch Bilfinger, Ztschr. für Politik 18, 297: Die allgemeine Aufgabe der Polizei (vgl. § 10 II 17 ALR) wird im Rechtsstaat als Norm bezeichnet und "sie erhält alsdann durch die Praxis der Gerichte ihre Schranke und Grenzen, und so ihre Umgestaltung zur relativ meßbaren Abgrenzung der polizeilichen Befugnisse. Und doch - wie das Wilhelm Hofacker treffend ausdrückt - leben und handeln alle Polizeibeamten, allen Gelehrten und Verwaltungsrichtern zum Trotz, nach den Notwendigkeiten der Gegenwart, sie tun eben, was ihnen`nötig`erscheint".

Wo soll aber das Gericht als rechtsanwendendes Organ die Maßstäbe für diese Vorentscheidung hernehmen, wenn nicht aus dem Gesetz, das den unbestimmten Begriff enthält?

Nur der Wille des Gesetzes kann darüber entscheiden, ob ein unbestimmter Begriff eindeutig ausgelegt werden oder ob mit ihm nur ein Rahmen abgesteckt werden soll, innerhalb dessen die richtige Lösung zu finden dem Ermessen (oder der Beurteilung) der Behörde anheim gegeben ist. [1] Nur auf diesen Gesetzeswillen kann es ankommen und nicht etwa auf eine als unabänderlich angenommene Struktur von Begriffen, deren sich der Gesetzgeber zur Formulierung seines Willens bedient. Das Gericht hat daher zunächst im Wege objektiver Auslegung des Gesetzes zu ermitteln, ob mit der Verwendung des unbestimmten Begriffs eine eindeutige Regelung durchgeführt werden soll oder ob eine vom Gesetz gewollte Mehrdeutigkeit und damit ein kontrollfreier Raum, mag man diesen nun Ermessens- oder Beurteilungsspielraum nennen, vorliegt. Nur im ersteren Falle, wenn die Auslegung also ergibt, daß es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff (im engeren Sinne) handelt, kann das Gericht die Anwendung dieses Begriffes durch die Verwaltungsbehörde in vollem Umfange nachprüfen, d.h., es kann selbst diesen Begriff anwenden.

Betrachtet man im Schrifttum und in der Rechtsprechung die neueren Versuche, die Problematik der unbestimmten Begriffe zu lösen, unter diesem Gesichtspunkt des Gesetzeswillen, so stellt man eine weitgehende Übereinstimmung fest. Bachof ermittelt den "Beurteilungsspielraum" durch Auslegung des Gesetzes. [2] Das Bundesverwaltungsgericht nimmt einen Beurteilungsspielraum dann an, wenn in das Gesetz hineingelesen werden kann, daß die Behörde über das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nach pflichtgemäßer Beurteilung entscheiden soll. [3] Auch Giese [4] stellt darauf ab, ob die unbestimmten Begriffe "nach durchschnittlicher sozialer, wirtschaftlicher oder technischer Anschauung mit einem hinreichend bestimmten Rechtsgehalt gefüllt werden können und auch n a c h d e m W i l l e n d e s G e s e t z g e b e r s gefüllt werden s o l l e n." Ob der Bachofsche Beurteilungsspielraum nicht nur ein anderes Wort für "Ermessen" ist und ob es ein "kognitives" - oder "Tatbestands" - Ermessen nicht geben kann, mag dahingestellt bleiben. Denn einmal enthält jede Rechtsanwendung neben dem kognitiven auch ein volitives Element, ebenso wie jeder Ermessensbetätigung ein Erkenntnisvorgang - nämlich die Abgrenzung des Ermessensraumes - vorausgeht; zum anderen kommt es im Ergebnis auf dasselbe hinaus, ob das Ermessen sich auf die Tatbestands- oder auf die Rechtsfolgeseite eines Rechtssatzes richtet. Eine Ermessenseinräumung in einer "kann" - Vor-

1) vgl. hierzu Walter Jellinek, Verwaltungsrecht S. 30. f. und die oben S. 21 f. behandelten Ausführungen Rüdiger Kleins; vgl. auch Forsthoff, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil 1961 S. 84 (es sei dabei auf den gesamten Sinn und Zweck der Textstelle abzuheben)

2) JZ 55, 102; vgl. oben S. 18

3) vgl. oben S. 20 Anm. 7

4) JZ 52, 585

schrift auf der Rechtsfolgeseite ließe sich ebenso durch Verwendung eines unbestimmten Begriffs auf der Tatbestandsseite erreichen. [1]

Der Meinung von Reuß, daß alle unbestimmten Begriffe ihrer unabänderlichen Struktur gemäß voll überprüfbare Rechtsbegriffe seien, kann nicht gefolgt werden. Das Gesetz muß sich der Sprache als Mittel zum Ausdruck seines Willens bedienen. Die Struktur eines Begriffes kann nicht schlechthin bestimmend für die Inhalt eines Gesetzes sein. Die vom Gesetzgeber gebrauchte Formulierung eines Rechtssatzes ist lediglich Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des Gesetzeswillens. [2]

Ebenso vermag die Vertretbarkeitslehre Ules nicht zu überzeugen. Wenn Ule meint, bei einer Wertung könne von "richtig" und "falsch" nicht gesprochen werden, so übersieht er, daß es sich bei einer Wertung in Anwendung eines unbestimmten Begriffes nicht um eine persönliche, sondern um eine objektiv gültige, eindeutige Wertung handelt. Die Bewertung ist eine Sache der Erkenntnis. [3] Ergibt sich aus dem Gesetzesinhalt, daß eine solche eindeutige Wertung vom Gesetz gewollt ist, so ist sie vom Richter zu vollziehen, wobei der Richter sich bei seiner Auslegung "von der Idee leiten lassen muß, zu keinem anderen Ergebnis zu kommen als jeder andere Ausleger" [4] . In diesem Sinne kann man sehr wohl von einer richtigen, d.h. gesetzesgemäßen, Wertung sprechen. Eine gerichtliche Kontrolle lediglich daraufhin, ob eine von der Verwaltungsbehörde vorgenommene Wertung vertretbar ist, erscheint bedenklich. [5] "Entweder handelt es sich im Einzelfall um einen Rechtsbegriff im eigentlichen Sinne, dann kann der Richter eine Subsumtion nicht bereits gutheißen, weil sie 'vertretbar' ist, oder es ist ein Ermessensspielraum eingeräumt, dann ist auch eine Kontrolle auf bloße Vertretbarkeit nicht möglich." [6]

Nimmt das Gesetz auf eine bestimmte Wertung Bezug, so ist es Sache des Richters, diese zu ermitteln; für ein relativierendes "vertretbar" ist kein Raum.

---

1) vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken S. 117 und Rüdiger Klein AöR 82, 102 Anm. 58: "Die Unmöglichkeit ihres (sc. der Ermächtigung zur Ermessensentscheidung) gesetzestechnischen Ausdrucks im Tatbestand beweist aber nicht die Unmöglichkeit ihres Aussageinhaltes an diesem Ort." In diesem Sinne auch Idel NJW 55, 733

2) vgl. auch Pietzonka NJW 54, 1866: Ein vom Gesetzgeber gebrauchtes Wort sagt nichts darüber aus, welche Folgen hinsichtlich der richterlichen Nachprüfung zu ziehen sind.

3) vgl. Engisch aaO. S. 116 und S. 125

4) so Walter Jellinek, Verwaltungsrecht S. 31

5) vgl. hierzu kritisch auch Jesch JZ 58, 706

6) Idel NJW 55, 733

Ergibt sich jedoch, daß mehrere Lösungen vertretbar sind, so bedeutet dies, daß der Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt worden ist. Ausschlaggebend für diese Beurteilung ist allein der Wille des Gesetzes.

Zusammenfassend muß als Ergebnis festgehalten werden:

Ein unbestimmter Begriff ist dann ein unbestimmter Rechtsbegriff im engeren Sinne, d.h., seine Anwendung ist voller richterlicher Nachprüfung unterworfen, wenn vom Gesetz die Eindeutigkeit dieses Begriffes gewollt ist, da es sich nur in diesem Falle bei seiner Anwendung um eine Rechtsfrage handelt.

Auf das Gebiet des Verfassungsrechts übertragen würde das bedeuten: Ein unbestimmter Begriff der Verfassung ist dann ein unbestimmter Rechtsbegriff, wenn von der Verfassung die Eindeutigkeit dieses Begriffes gewollt ist.

§ 7 SCHWIERIGKEITEN BEI DER VERWENDUNG UNBESTIMMTER BEGRIFFE IM VERFASSUNGSRECHT

Bevor die Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung", die oben in den §§ 2 und 4 als politische Begriffe gekennzeichnet wurden, mit dem soeben aufgestellten Maßstab daraufhin geprüft werden können, ob sie als unbestimmte Rechtsbegriffe anzusprechen sind, müssen die Schwierigkeiten vergegenwärtigt werden, die sich ergeben, wenn in einem Rechtssatz (hier in der Verfassung) ein unbestimmter p o l i t i s c h e r Begriff enthalten ist. Hierbei muß sich herausstellen, ob die für das Verwaltungsrecht herausgearbeitete Definition des Begriffs "unbestimmter Rechtsbegriff" überhaupt in das Verfassungsrecht übernommen werden kann. Um diese Schwierigkeiten aufzeigen zu können, ist eine Besinnung auf die Struktur der unbestimmten Rechtsbegriffe und damit zunächst auf die Eigenart juristischer Begriffsbildung überhaupt erforderlich.

Der Gesetzgeber verwendet bei der Aufstellung eines Rechtssatzes ursprünglich metajuristische Begriffe, die er aus anderen Wissenschaftsbereichen, etwa der Soziologie, der Ethik oder den Naturwissenschaften entnimmt. Denn "Stoff der Rechtswissenschaft ist ja nicht die formlose, amorphe Gegebenheit, sondern eine mittels vorwissenschaftlicher oder doch außerrechtswissenschaftlicher Begriffe vorgeformte Wirklichkeit" [1]. Der Gesetzesbegriff wird mit dem metajuristischen Begriff verknüpft. Dieser wird dadurch zu einem juristischen Begriff "verrechtlicht" [2], er wird zu einem rechtlich relevanten Begriff [3]. Bei dieser Verknüpfung werden die außerrechtlichen Begriffe zugleich umgeformt; [4] der juristische Begriff ist der

1) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 219

2) vgl. Jesch AöR 82, 178 und 209

3) Radbruch aaO.

4) Jesch aaO. S. 179 und Radbruch aaO.

metajuristische Begriff "im Sinne dieses Gesetzes".

In dieser ihrer Struktur unterscheiden sich die bestimmten und die unbestimmten Rechtsbegriffe nicht. [1] Der Unterschied von "bestimmt" und "unbestimmt" ist lediglich ein quantitativer. [2] Dieser Unterschied macht sich bei der Anwendung der Begriffe bemerkbar. Wendet der Richter einen Begriff an, so ist es seine Aufgabe, die richtige, d.h. die vom Gesetz gewollte, Verknüpfung des juristischen mit dem metajuristischen Begriff zu vollziehen. Verknüpfung ist die "Wertung", die der Richter bei der Rechtsanwendung vorzunehmen hat, wobei ihm diese Aufgabe bei der Anwendung sowohl "bestimmter" als auch "unbestimmter" Rechtsbegriffe gestellt ist. [3] Nach einem Vorschlag von Philipp Heck [4] unterscheidet man bei den unbestimmten Rechtsbegriffen einen "Begriffskern" und einen "Begriffshof". Soweit der Inhalt und der Umfang eines Begriffes klar sind, spricht man vom Begriffskern, wo die Zweifel einsetzen, beginnt der Begriffshof. Verknüpfung heißt in dieser Terminologie Konkretisierung des Begriffshofes. [5] Die Verknüpfung (Konkretisierung des Begriffshofes) stößt auf desto größere Schwierigkeiten, je unbestimmter ein Begriff (je größer der Begriffshof) ist. Bei der in Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes vorzunehmenden Verknüpfung muß der Richter je nach dem Bereich, aus dem der zum juristischen Begriff "verrechtlichte" metajuristische Begriff entnommen wurde , eine sittliche, soziale, wirtschaftliche oder technische Anschauung ermitteln, die in der Rechtsgemeinschaft überwiegende allgemeine Anerkennung gefunden hat. [6] Diese wird dann in das Gesetz als Tatbestandsmerkmal hineingedacht. Sodann wird geprüft, ob dieses Tatbestandsmerkmal im Einzelfall vorliegt. [7] In der Ermittlung einer solchen Anschauung, auf die der Gesetzgeber mit der Verwendung eines unbestimmten Begriffes verweist, liegt die eigentliche Problematik bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe.

Diese Schwierigkeit, eine durchschnittliche Anschauung der Gemeinschaft festzustellen, erreicht im Verfassungsrecht einen besonders hohen Grad, da das

---

1) Jesch aaO. S. 235

2) Jesch aaO. S. 167

3) vgl. zum Vorstehenden Jesch aaO. S. 182

4) Gesetzesauslegung S. 46

5) vgl. auch Jesch aaO. S. 185

6) vgl. hierzu Engisch Einführung S. 124
vgl. hierzu etwa auch Heller, Staatslehre S. 175; "Die festen Grundsätze der öffentlichen Meinung bilden jene Rechtsgrundsätze, aus denen zu einem Teil der Gesetzgeber die Rechtssätze positiviert und die der Richter als Interpretationsregeln des positiven Rechts benutzt."

7) vgl. ein Urteil des VGH Bebenhausen, zitiert bei Jesch aaO. S. 194 Anm. 117

Verfassungsrecht mit politischen Tatbeständen zu tun hat und sich in politicis eine durchschnittliche, allgemein anerkannte Anschauung in der Rechtsgemeinschaft sehr schwer bildet. Von vornherein ist daher klar, daß eine Verrechtlichung politischer Begriffe auf ganz besondere Schwierigkeiten stoßen wird. Ob sich zwischen den unbestimmten Begriffen des Verwaltungsrechts und den in der Verfassung vorkommenden unbestimmten Begriffen lediglich ein Gradunterschied ergibt, so daß auch letztere als unbestimmte R e c h t s begriffe angesprochen werden können, oder ob hier ein Strukturunterschied vorliegt, auf Grund dessen man den unbestimmten Begriffen der Verfassung die Rechtsbegriff-Eigenschaft absprechen muß, wird im folgenden zu untersuchen sein. Dabei lautet die Frage:

> Kann ein unbestimmter Begriff in der Verfassung überhaupt ein unbestimmter Rechtsbegriff im oben (§ 6 a.E.) aufgezeigten Sinne sein, d.h., kann mit der Verwendung eines unbestimmten Begriffes in der Verfassung überhaupt eine Eindeutigkeit bezweckt sein?

Um diese Frage klären zu können, muß zunächst eine andere Frage geprüft werden:

Was ist und was will die Verfassung?

Denn "jedes verfassungsrechtliche Einzelproblem führt notwendig zur Frage nach der Verfassung als Ganzem". [1]

Unter Verfassung als "wirklicher" Verfassung versteht man die in einem Lande bestehenden tatsächlichen Machtverhältnisse. "Die aktuelle und künftig in gleicher Weise erwartete Gestaltung des Zusammenwirkens, durch welche sich die Einheit und Ordnung der Organisation immer von neuem bildet, nennen wir eine Verfassung im Sinne der Wirklichkeitswissenschaft. " [2] Als Teilinhalte dieser politischen Gesamtverfassung lassen sich die nicht normierte und die normierte, innerhalb der letzteren wieder die außerrechtlich und die rechtlich normierte Verfassung unterscheiden. [3] Für diese Untersuchung interessiert nur die rechtlich normierte Verfassung [4]

---

1) Kägi, Verfassung als Grundordnung S. 13

2) Heller, Staatslehre S. 249

3) Heller, aaO. S. 250, wobei Heller unter der außerrechtlich normierten Verfassung die durch "Sitte, Sittlichkeit, Religion, Takt, Mode usw. normierte Normalität des Verhaltens" versteht (aaO. S. 252).

4) vgl. Scheuner, Festgabe für Kaufmann S. 324: "Wenn wir hier von der Verfassungsordnung sprechen, so ist damit die r e c h t l i c h e Grundlage des Staates gemeint, die rechtliche Geltung besitzt."

da - wenn überhaupt - nur in dieser unbestimmte Rechts begriffe enthalten sein können.

Hinsichtlich dieser rechtlich normierten Verfassung finden zwei Verfassungsbegriffe Verwendung, ein formeller und ein materieller. Der formelle Verfassungsbegriff impliziert die Theorie von der Gleichwertigkeit allen Verfassungsrechts "unter dem Hinweis darauf, daß alle Verfassungsbestimmungen als Ausdruck des Willens der obersten Staatsgewalt der gleichen Autorität teilhaftig seien". [1] Dagegen umfaßt der materielle Verfassungsbegriff (die materielle Verfassung i.e.S.) [2] nur die grundlegenden Prinzipien, "die das grundsätzlich unveränderliche Verfassungssystem ausmachen", "das System der obersten, unverbrüchlichen Rechtsnormen für den Staat". [3]

Eine andere Unterscheidung zwischen formeller und materieller Verfassung versteht unter der formellen Verfassung nur die geschriebene. Diese Unterscheidung ist für die vorliegende Untersuchung jedoch bedeutungslos, da sich unbestimmte Begriffe sowohl in der geschriebenen als auch in der ungeschriebenen Verfassung finden.

Das Verfassungsrecht hat das Politische zum Gegenstand. [4] Politik ist die "schöpferische Entscheidung über die das staatliche Ganze berührenden Ziele und die Erringung und Ausübung sozialer Macht zu ihrer Durchsetzung". [5] Wesen des Politischen ist die Dynamik, der Kampf der sozialen Kräfte. [6] Man könnte daher meinen, daß das Politische allem Rechtlich-Normativen widerstrebe, daß ein Gegensatz zwischen Recht und Politik bestände. [7] Die Bejahung eines solchen Gegensatzes würde jedoch den Entstehungsgrund allen Rechtes verkennen. Recht ist das Ergebnis politischen Strebens [8], es geht aus dem politischen Kampf innerhalb einer Gemeinschaft als Verteilungs- und Friedensordnung dieser Gemeinschaft hervor. Jeder Normierung geht eine politische Entscheidung voraus. [9] Ein prinzipieller Gegensatz zwischen Recht und Politik kann daher

---

1) Kägi, Verfassung als Grundordnung S. 61 f.
2) vgl. Heller aaO. S. 275 f.
3) vgl. hierzu Kägi, Verfassung als Grundordnung S. 41 und S. 61 ff.
4) vgl. Triepel, Staatsrecht und Politik S. 12
5) vgl. oben S. 7 Anm. 2
6) vgl. Triepel VVDStRL 5, 8 und Scheuner, Festschrift für Smend S. 272
7) vgl. Bilfinger in Ztschr. für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Band 1, Teil 1 S. 59
8) vgl. Triepel, Streitigkeiten S. 16; de Haan, Diss. S. 24; Politik ist auch definiert worden als die Kunst, "gesellschaftliche Tendenzen in rechtliche Formen umzusetzen", so Hartmann, zitiert nach Heller, Staatslehre S. 205
9) vgl. Heller, Staatslehre S. 264 f.

nicht gegeben sein. [1] Wohl werden im Bereich des Politischen "die stärksten Kräfte des sozialen Lebens entbunden, die sich einer vollen Normierung entziehen ... Das heißt aber nicht, daß politische Fragen sich der rechtlichen Festlegung entzögen". [2] Der Kampf der sozialen Mächte kann nur durch eine rechtliche Ordnung gebändigt werden. "Wo Menschen sich zu politischen Gemeinwesen zusammenordnen, da können sie es nur durch das Recht tun." [3] Auch daraus, daß Politik "schöpferische Entscheidung über die das staatliche Ganze berührenden Ziele" ist, kann nicht geschlossen werden, daß sich diese schöpferische Entscheidung außerhalb des Rechts bewegen müßte. Soweit politisches Handeln staatliches Handeln ist, hat Scheuner [4] eine treffende Charakterisierung dieses Handelns gegeben. Danach "dient staatliche Tätigkeit einmal dem Recht und ist insoweit am Ziel der Gerechtigkeit ausgerichtet (oder sollte es sein). Zum anderen aber ist der Staat Gestalter des sozialen Lebens, der zwar seine Ergebnisse dauerhaft, also rechtlich legitim zu machen wünscht, aber nicht am Recht, sondern an politischen Ideen und Zwecken orientiert ist." [5] Obwohl sich dieses politische Handeln des Staates eine hohe Beweglichkeit und Freiheit bewahrt, steht es doch nichtsdestoweniger unter der höheren Idee des Rechts, was auch in gewissem Umfange zu einer sachlichen Gebundenheit führt. [6]

Was hier für das politische Handeln des Staates gesagt ist, muß für politisches Handeln schlechthin gelten: Es muß sich in den Bahnen des Rechts bewegen, sofern es einen Anspruch auf Verbindlichkeit erheben will. "Denn unter rechtlichem Gesichtspunkt kann es Politik von beliebiger Inhaltlichkeit als ein Verbindliches ü b e r h a u p t nicht geben sondern nur R e c h t s politik, d.h. eine solche, welche sich innerhalb der Grenzen des rechtlich Erlaubten bewegt und darüberhinaus das von Rechts wegen Erforderliche zu realisieren versucht." [7] So wäre z.B. in einer Demokratie, in der alle Gewalt vom Volke ausgeht, bei einer strikten Durchführung des demokratischen (politischen) Prinzips eine Politik jedes möglichen Inhalts denkbar, sofern nur die Mehrheit des Volkes hinter dieser Politik stünde. Die westliche Demokratie ist jedoch keine Demokratie dieser Art. Sie ist eine verfassungsmäßige Demokratie, für die die Mäßigung des politischen Formprinzips durch das Normative wesentlich ist. [8] "Eben in dieser planmäßig-bewußten Beeinflussung durch eine herrschaftliche Normsetzung liegt das Wesen des modernen Staates." [9] Durch die Ver-

1) Flad, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 61; Scheuner DVBl. 52, 295; Thoma VVDStRL 5, 107; Kelsen VVDStRL 5, 119; Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 142 ff.
2) Scheuner, Grundfragen S. 135
3) Smend, Staat und Politik S. 369
4) in Festschrift für Smend S. 274 ff.
5) Scheuner aaO. 274
6) aaO. S. 280
7) E. v. Hippel VVDStRL 10, 24
8) vgl. Kägi, Verfassung als Grundordnung S. 152
9) so Heller, Staatslehre S. 253

fassung wird das politische Handeln der Rechtsordnung als einer Unsiversalordnung unterworfen. Es werden "die Formen vorgeschrieben, in denen der politische Kampf um die Gestaltung der Gemeinschaftsregeln sich abzuspielen hat und in denen sein Ergebnis Rechtsvorschrift und damit Bestandteil der Rechtsordnung wird". [1] Die Verfassung selbst ist politischen Ursprungs, sie ist die Verkörperung politischen Willens. [2] Der rechtlichen Normierung des politischen Handelns durch die Verfassung geht eine politische Entscheidung für diese Normierung voraus. Eine theoretische Einordnung dieser Normierung politischen Handelns durch die Verfassung hat Thoma [3] vorgenommen. Die Verrechtlichung des Politischen kann nach seiner Meinung erst in der Demokratie zum Ziele führen. Nach Thoma ist in der Demokratie der Machtkampf zwischen den selbständigen Trägern politischer Gewalten verfassungsrechtlich geschlichtet. Es hat sich ein Monismus der Gewalt herausgebildet, da hinter allen politischen Entscheidungen als Rechtsgrundlage das Plebiszit steht. "Der politische Machtkampf ist sozusagen entschieden, indem die oberste Entscheidung in die Hand der Aktivbürgerschaft gelegt und die Kompetenzverteilung juristisch geregelt ist. Über die Grenzen dieser verteilten Kompetenzen kann man rein juristisch streiten." Thoma stellt hier allerdings nur auf die Ausübung staatlicher Macht, nicht aber auch auf den Inhalt staatlicher Tätigkeit ab. [4]

Ein politisches Vorhaben setzt voraus, daß die Verfassung ein Recht für dieses Vorhaben gewährt. Der Politiker findet die Grundlage für sein politisches Handeln in der Verfassung. [5] Dies gilt auch für den Inhalt und die Ziele seines Handelns, denn die Verfassung enthält nicht nur Rechtsregeln über die Verteilung staatlicher Macht sondern auch über den Inhalt politischer Betätigung. Durch die Verfassung wird politische Macht zu rechtlich organisierter Macht. [6]

Zusammenfassend kann man sagen, daß in der Verfassung die staatliche Macht verteilt und begrenzt und die Grundentscheidung über die Wertgesichtspunkte und Ordnungsprinzipien getroffen wird, nach denen sich die staatliche Macht bei der Gestaltung des Gemeinschaftslebens auszurichten hat. [7] Verfassungsrecht ist das Recht für das Politische, d.h. politisches Recht. [8] Gegen diese

---

1) Bruns, Völkerrecht als Rechtsordnung II S. 467

2) vgl. de Haan, Diss. S. 22 f.

3) in VVDStRL 5, 105

4) Er läßt also Wesentliches unbeachtet. Würde er auch den Inhalt staatlicher Tätigkeit mit in seine Betrachtung einbeziehen, so würde sich herausstellen, daß der politische Machtkampf - auch in der Demokratie - keineswegs entschieden ist.

5) vgl. hierzu Schmid in DÖV 54, 2

6) vgl. Heller, Staatslehre S. 193

7) vgl. Geißel, Diss. S. 48

8) Scheuner, Grundfragen S. 135; Triepel VVDStRL 5, 8; Smend in Festgabe für Kahl S. 19; Geißel, Diss. S. 49

Charakterisierung des Verfassungsrechts als eines politischen Rechts hat sich Kägi [1] gewandt. Wenn aus dem "Recht für das Politische" "politisches Recht" werde, so trete dabei das Normative immer stärker zurück. In der Gleichsetzung von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Norm, von Politik und Recht führe diese Entwicklung schließlich zu einer Abdankung des Staatsrechts. Diese Entwicklung verfolgt Kägi bei Georg Jellinek, Triepel, C. Schmitt und E. Kaufmann. Als Ergebnis stellt er eine "Dynamisierung" des Normativen, einen Abbau der Verfassung fest. [2]

Wenn in dieser Untersuchung von dem Verfassungsrecht als politischem Recht gesprochen wird, so soll das Adjektiv "politisch" lediglich den Gegenstand - das Politische - bezeichnen, auf den sich das Verfassungsrecht bezieht: Verfassungsrecht als Recht für das Politische. So verstanden bedeutet der Ausdruck "politisches Recht" keineswegs eine Schwächung des Normativen [3], er bedeutet vielmehr eine Überordnung des Rechts über die Politik, wie oben gezeigt wurde.

In diesem Sinne bekennt sich auch das Bonner Grundgesetz zu einer Unterwerfung der Politik unter die Rechtsordnung; "der politische Bereich hat hier im Sinne einer strikten Überordnung dauernder Maßstäbe der Verfassung eine rechtliche Durchformung erhalten." [4] Hierauf wird weiter unten bei der Untersuchung der Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung" noch im einzelnen einzugehen sein.

Als Ergebnis dieser Untersuchung kann folgendes festgehalten werden:

Das Politische wird durch die Verfassung normiert, Politik wird durch sie in rechtliche Bahnen gelenkt. Wie am Anfang dieses Paragraphen gezeigt wurde, geht der Gesetzgeber bei einer Normierung von den außerrechtlichen, nämlich von den Begriffen der zu regelnden Materie aus und macht diese zu Rechtsbegriffen, indem er sie zur Bildung eines Rechtssatzes verwendet. Auf das Verfassungsrecht übertragen heißt das: Der Verfassungsgeber findet politische Begriffe vor. Mit Hilfe dieser politischen Begriffe bildet er die Verfassung. Der außerrechtliche, hier politische Begriff wird mit dem Begriff der Verfassung verknüpft, er wird "verrechtlicht". Dadurch ist der politische Begriff zu einem Rechtsbegriff geworden. Politischer Begriff und Rechtsbegriff schließen sich daher nicht gegenseitig aus, sondern politische Begriffe können zu Rechtsbegriffen werden und sie müssen zu Rechtsbegriffen werden, um wirkliche Bedeutung im Leben des Volkes zu gewinnen. [5]

Im weitesten Sinne sind daher alle in der Verfassung vorkommenden Begriffe Rechtsbegriffe, somit alle in der Verfassung enthaltenen unbestimmten Begriffe "unbestimmte Rechtsbegriffe". Mit einer solchen Kennzeichnung würde man die eigent-

1) Verfassung als Grundordnung S. 127 ff.
2) aaO. S. 105 f.
3) so Kägi aaO. S. 149
4) so Scheuner in Festschrift für Smend S. 292
5) vgl. BGHZ 10, 269

liche Problematik jedoch nicht erfassen können. Man muß vielmehr - immer unter dem Blickwinkel verfassungsrechtlicher Kontrolle der politischen Gewalten auf die Einhaltung der Verfassung - zweierlei unterscheiden: Es kann sein, daß die Verfassung die Lösung einer Frage den zur politischen Willensbildung und zur Willensausführung befugten Staatsorganen überlassen will und daß sie diesen ihren Willen durch die Unbestimmtheit eines Begriffes kundtut. In diesem Falle wäre es Aufgabe des betreffenden Staatsorgans, eine verbindliche Bestimmung des unbestimmten Begriffes vorzunehmen. Man könnte von einem "Ermessensbegriff" sprechen. Andererseits ist es jedoch auch denkbar, daß die Verfassung mit der Verwendung eines unbestimmten Begriffes einen eindeutigen Maßstab für das politische Handeln schaffen will, wobei sie mit Hilfe des unbestimmten Begriffs auf außerrechtliche, politische Anschauungen im Wege der Verknüpfung verweist und diese dadurch als verbindlich und außerhalb jeder politischen Diskussion stehend erklärt. In diesem letzteren Falle kann und muß der unbestimmte Begriff im Wege der Auslegung ausgefüllt werden. Seine Anwendung ist ein Akt der Rechtserkenntnis. Das Verfassungsgericht ist in der Lage, die Konkretisierung eines solchen Begriffes vorzunehmen. Hier ist es sinnvoll, von einem unbestimmten Rechtsbegriff im eigentlichen, engeren Sinne zu sprechen.

Es ergibt sich also, daß die Eigenart des Gegenstandes - des Politischen -, der durch das Verfassungsrecht normiert wird, der Anwendung der oben im § 6 gewonnenen Maßstäbe auf in der Verfassung enthaltene unbestimmte Begriffe nicht entgegensteht. Da im Verfassungsrecht das Politische normiert wird, ist es möglich, daß mit der Verwendung eines unbestimmten Begriffes von der Verfassung eine Eindeutigkeit gewollt ist. Unbestimmte Begriffe in der Verfassung können daher unbestimmte Rechtsbegriffe (im engeren Sinne) sein.

Auf diese Problematik hin sollen im folgenden Teil C die Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung" untersucht werden.

TEIL C

DIE UNBESTIMMTHEIT DER BEGRIFFE "RECHTSSTAAT" UND "FREIHEITLICHE DEMOKRATISCHE GRUNDORDNUNG".

§ 8 DER BEGRIFF "RECHTSSTAAT" IM ALLGEMEINEN

Der Begriff "Rechtsstaat" findet sich im BGG nur an einer einzigen Stelle. In Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG heißt es, daß die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen muß. Daraus folgt, daß das Bonner Grundgesetz den Rechtsstaat verwirklichen will.

Bevor der Begriff "Rechtsstaat" auf seine Eigenschaft als unbestimmter Rechtsbegriff, d.h. auf die mit seiner Verwendung von der Verfassung gewollte Eindeutigkeit untersucht wird, muß folgendes verdeutlicht werden:

Die Frage, ob ein unbestimmter Begriff ein unbestimmter Rechtsbegriff, ob also sein Sinn vom Gesetz eindeutig gewollt und durch Auslegung zu ermitteln ist, interessiert nur für den Fall, daß die Anwendung dieses Begriffes durch ein Gericht in Frage steht. Sinn der Untersuchungen der unbestimmten Begriffe ist es, die Gerichte auf ihre eigentliche Kompetenz, die Rechtsanwendung durch Auslegung zu beschränken. 1)

Die bisherigen Untersuchungen waren von unbestimmten Begriffen des Verwaltungsrechts ausgegangen. Es war ein Begriff des "unbestimmten Rechtsbegriffs" herausgearbeitet worden, auf Grund dessen es möglich erscheint, die Freiheit der Verwaltung und deren Kontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit in ein rechtes Verhältnis zu bringen, indem man auf den Willen des Gesetzes abstellt (§ 6). Sodann war gezeigt worden (§ 7), daß sich aus der Struktur des Verfassungsrechts keine Bedenken ergeben, diesen Begriff des "unbestimmten Rechtsbegriffs" auch auf unbestimmte Begriffe des Verfassungsrechts anzuwenden.

Bevor dies bei dem Begriff "Rechtsstaat" geschieht, soll jedoch die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts - um dessen Rechtsprechung es bei allen Erörterungen über die Unbestimmtheit eines Begriffes der Verfassung der Themastellung nach geht -, bei der Handhabung des Begriffes "Rechtsstaat" klargestellt werden. Das ist nur möglich, wenn zunächst ein Überblick über die Bedeutung des Begriffes "Rechtsstaat" im GG und über die Zwecke, die das GG mit der Verwendung dieses Begriffes verfolgt, gegeben wird.

---

1) Auch die Wertungen, die die Gerichte vorzunehmen haben, sind ein Teil der Auslegung, insofern als die Gerichte vom Gesetzgeber vorgenommene Wertungen nachvollziehen müssen; vgl. oben S. 25

Aus dem Begriff "Rechtsstaat", so wie er auch im GG verwendet ist, werden nach deutscher Tradition folgende einzelnen Prinzipien abgeleitet [1] : Die Gewaltengliederung, die eine Kontrolle der staatlichen Macht ermöglichen und Machtmißbrauch verhindern soll; die Garantie von persönlichen Grundrechten (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG); der Begriff des formellen Gesetzes und die Bindung des Gesetzgebers an seine Gesetze; die Bindung der vollziehenden Gewalt an das Gesetz (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG); die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns; justizförmiger Rechtsschutz (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG); der Grundsatz "nulla poena sine lege", der besagt, daß eine Tat nur dann bestraft werden kann, wenn ihre Strafbarkeit schon vor der Begehung festgelegt war. Diesen Prinzipien wäre noch die Rechtssicherheit als weiteres, die im Vorhergehenden aufgezählten Prinzipien zum Teil umfassendes Merkmal hinzuzurechnen. [2]

Betrachtet man diese verschiedenen Prinzipien, die als Bestandteile der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden, so stellt man fest, daß alle diese Merkmale formeller Natur sind. [3] Die Rechtsstaatlichkeit ist unter diesem traditionellen Gesichtspunkt ein formelles Prinzip. Die Ausübung der staatlichen Macht [4] wird mit Hilfe des Begriffes "Rechtsstaat" normiert: Durch die Grundrechte soll eine staatlichen Eingriffen grundsätzlich unzugängliche Freiheitssphäre des Bürgers geschaffen werden. Alle Eingriffe des Staates in Rechte des Bürgers müssen berechenbar sein. Auch die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung dient dieser Berechenbarkeit staatlichen Handelns. Zur Einhaltung der Grenze zwischen staatlichem Betätigungsfeld und Freiheitssphäre des Bürgers werden Kontrollmöglichkeiten geschaffen. Der Bürger muß in der Lage sein, jede ihm geschehene Beeinträchtigung durch unabhängige Gerichte nachprüfen zu lassen. Auch zur Schlichtung der Streitigkeiten der Rechtsgenossen untereinander müssen unabhängige Gerichte zur Verfügung stehen. So verstanden, stellt der moderne Rechtsstaat den Versuch dar, "durch ein weitverzweigtes System von politischen, administrativen und richterlichen Kontrollen, durch die Gewährung von Rechtsmitteln in zwei oder mehreren Instanzen, sowie durch entsprechende Verantwortlichkeiten eine historische und systematische Normkontinuität zu sichern" [5].

Der im Vorhergehenden beschriebene formelle Gehalt des Begriffes "Rechtsstaat", den auch das Bonner Grundgesetz in seinen Einrichtungen übernommen hat, ist bürgerlich-liberaler Herkunft. [6] Zu welchen Folgerungen in Bezug auf die

---

1) Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht S. 63 f.

2) vgl. im übrigen die Darstellung der Rechtsprechung des BVerfG zum Begriff "Rechtsstaat" oben § 3

3) vgl. für das Gewaltenteilungsprinzip Heller, Staatslehre S. 221

4) auf die Art der Ausübung der staatlichen Macht beziehen sich auch die Adjektive "republikanisch" und "demokratisch" in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG

5) Heller, Staatslehre S. 267

6) vgl. Friedrich Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat S. 392 ff.

Frage, ob der Begriff "Rechtsstaat" ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, die Zusammenfassung dieser Prinzipien unter den Begriff "Rechtsstaat" und die Aufnahme dieses Begriffes in eine rechtlich normierte Verfassung führen, wird im folgenden Paragraphen zu zeigen sein.

Der Begriff "Rechtsstaat", so wie er im GG verwendet wird, enthält jedoch außer diesen oben aufgezählten formellen, sich auf die Ausübung staatlicher Macht beziehenden Prinzipien auch eine materiale Komponente. Rechtsstaat heißt ein Staat, "dessen Zweck die Schaffung und Erhaltung eines materiell gerechten Rechtszustandes ist" [1]. Gewiß sind auch alle oben aufgezählten formellen, aus dem Begriff "Rechtsstaat" abgeleiteten Prinzipien dazu angetan, einen gerechten Rechtszustand zu verwirklichen, indem sie dazu beitragen, Unrecht zu verhindern. Das GG geht jedoch darüber hinaus. Es proklamiert den "sozialen" Rechtsstaat. Hierdurch wird die Gerechtigkeit, und zwar die soziale Gerechtigkeit direkt in Bezug genommen. Das GG beschränkt sich nicht darauf, durch die Rechtsstaatlichkeit im formellen Sinne, d.h. durch Aufstellung von Regeln für die Ausübung staatlicher Macht, auf die Gestaltung des Gemeinschaftslebens einzuwirken, sondern versucht, mit dem Begriff "Rechtsstaat" - besonders durch die Hinzufügung des Adjektivs "sozial" - gleichzeitig über den Inhalt staatlichen Handelns etwas auszusagen; es will das staatliche Handeln an oberste Werte binden. Das GG will einen materiellen Rechtsstaat verwirklichen. [2]

Der Begriff "Rechtsstaat" enthält daher zwei oberste Normen von Verfassungsrang.

a) Unter formellem Gesichtspunkt bedeutet der Begriff "Rechtsstaat":

> Staatliches Handeln soll an rechtliche Schranken gebunden und rechtlicher Kontrolle unterworfen werden.

Der so verstandene Begriff "Rechtsstaat" dient der Begrenzung der staatlichen Macht; er soll daher im folgenden der Begrenzungsbegriff genannt werden.

b) Die materielle Komponente des Begriffes "Rechtsstaat" lautet:

> Staatliches Handeln muß einen materiell gerechten Rechtszustand verwirklichen.

Diese Seite des Begriffes "Rechtsstaat" bezieht sich auf den Inhalt staatlicher Tätigkeit; es soll daher vom Inhaltsbegriff gesprochen werden.

Das Bundesverfassungsgericht hätte bei der Prüfung staatlichen Handelns an dem Begriff "Rechtsstaat" - dies wird vornehmlich im Normenkontrollverfahren aktuell werden - demnach einen zweifachen Maßstab anzulegen: Es hätte einmal zu prüfen, ob das staatliche Handeln - im Normenkontrollverfahren der Inhalt eines Gesetzes - dem Begriff "Rechtsstaat" als einem Begrenzungsbegriff entspricht, d.h. ob es die unter dem Begriff "Rechtsstaat" verstandenen Schranken staatlichen Han-

1) v. Mangoldt-Klein Anm. VI 1 in Art. 20 GG (S. 600); vgl. etwa BVerfGE 3, 253 und schon vor über hundert Jahren die ältere Rechtsstaatslehre

2) s.o. S. 5 Anm. 7

delns nicht überschreitet. Zum anderen müßte es die Übereinstimmung mit dem Begriff "Rechtsstaat" als einem Inhaltsbegriff untersuchen, d.h. es müßte feststellen, ob das staatliche Handeln - im Normenkontrollverfahren der Inhalt eines Gesetzes - einen materiell gerechten Rechtszustand verwirklicht. Ob eine Kontrolle des staatlichen Handelns durch das Bundesverfassungsgericht in dieser doppelten Hinsicht möglich und vom Bonner Grundgesetz gewollt ist, müssen die folgenden Untersuchungen zeigen.

Eine solche vollständige Kontrolle ist dann möglich, wenn der Begriff "Rechtsstaat" sowohl als Begrenzungsbegriff wie auch als Inhaltsbegriff ein unbestimmter Rechtsbegriff (im engeren Sinne) ist. Diese beiden Aspekte des Begriffs "Rechtsstaat" sollen im folgenden getrennt untersucht werden.

Dabei sei zur Terminologie noch folgendes bemerkt:

Zwar bestehen Bedenken dagegen, in dieser Untersuchung von einem Inhaltsbegriff des Rechtsstaates zu sprechen, weil eine Bestimmung des Inhalts der Gesetze im einzelnen durch die Verfassung nicht gewollt ist. Es ist jedoch trotz dieser Bedenken gerechtfertigt, von einem Inhaltsbegriff des Rechtsstaates auszugehen, auch wenn sich dieser bei der Problemstellung der vorliegenden Untersuchung lediglich als ein inhaltlicher Begrenzungsbegriff erweisen sollte. Denn der Ausdruck "Inhaltsbegriff" deutet darauf hin, daß das Bonner Grundgesetz durch den Begriff "Rechtsstaat" einen materiell gerechten Rechtszustand fordert.

§ 9 DER BEGRIFF "RECHTSSTAAT" ALS BEGRENZUNGSBEGRIFF

Die Prinzipien, die zu einer Beschränkung und Kontrolle staatlichen Handelns dienen, werden unter den Begriffen "Rechtsstaatlichkeit" und "Rechtsstaatsprinzip" zusammengefaßt, man spricht auch einfach von "rechtsstaatlichen" Grundsätzen. [1] In allen diesen Zusammensetzungen ist der Begriff "Rechtsstaat" ein unbestimmter Begriff. Das Rechtsstaatsprinzip ist eine Leitidee, eine Grundentscheidung des Bonner Grundgesetzes, es enthält jedoch keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Verbote von Verfassungsrang. [2]

Das Rechtsstaatsprinzip richtet sich an alle staatlichen Gewalten. Jedem staatlichen Handeln muß daher eine Prüfung vorangehen, ob das beabsichtigte Handeln nicht rechtsstaatliche Grundsätze verletzt. Alle staatlichen Gewalten haben somit den Begriff "Rechtsstaatlichkeit" anzuwenden, sei es, daß sie seinen Sinn durch Auslegung festzustellen haben - wenn es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt -, sei es, daß sie ihn nach dem Willen des Verfassungsgebers im Wege ermessender Tätigkeit handhaben müssen. Vor allem aber, und das er-

1) so im wesentlichen die Terminologie des BVerfG, vgl. oben § 3

2) vgl. BVerfGE 7, 89 (92)

gibt sich schon aus dem Wesen des Begriffs "Rechtsstaat" als eines Begrenzungsbegriffs, ist die Anwendung des Begriffes "Rechtsstaat" eine Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, das zur Kontrolle staatlichen Handelns berufen ist. Nur dann, wenn das BVerfG den Begriff des Rechtsstaats (oder der Rechtsstaatlichkeit) einer Entscheidung zugrunde legt, kann überhaupt von einer Anwendung dieses Begriffs im eigentlichen Sinne gesprochen werden. Nur in der Rechtsprechung des BVerfG wird der Begriff "Rechtsstaat" als ein Begrenzungsbegriff aktualisiert, hier tritt er nach außen wirkend in Erscheinung. Dagegen handelt es sich bei der "Anwendung" des Begriffs "Rechtsstaat" als eines Begrenzungsbegriffs durch die staatlichen Gewalten jeweils lediglich um die Prüfung einer Vorfrage, ohne daß eine dem Begriff "Rechtsstaat" (im formellen Sinne) entsprechende konkrete Regelung getroffen würde. Hier wirkt der Begriff "Rechtsstaat" als Begrenzungsbegriff nur "negativ". [1]

Das BVerfG als ein Gericht kann den Begriff "Rechtsstaat" jedoch nur dann anwenden, d.h. es kann den Rechtssatz "Staatliches Handeln darf die Rechtsstaatlichkeit nicht verletzen" nur dann zur Grundlage seiner Entscheidung machen, wenn dieser Begriff ein unbestimmter Rechtsbegriff, wenn seine Anwendung also ein Akt der Rechtsanwendung durch Auslegung und nicht der Ermessensbetätigung ist.

Die Frage lautet also: Will die Verfassung die Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" als eines Begrenzungsbegriffs?

Verwendet ein Gesetz einen unbestimmten Rechtsbegriff, so verweist es damit auf die Anschauungen der Rechtsgemeinschaft, die dann der Rechtsanwender bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs zu ermitteln hat. Da der Begriff "Rechtsstaat" ein politischer Begriff ist und sich im Bereich der Politik wegen der dort herrschenden Spannungen und Gegensätzlichkeiten eine allgemeine Anschauung der Rechtsgemeinschaft sehr schwer bildet, könnte man schließen, daß wegen dieser besonderen Schwierigkeiten die Verfassung gleichsam zwangsläufig auf eine Eindeutigkeit verzichten müsse. Dieser Einwand gegen die Möglichkeit, daß die Verfassung einen politischen Begriff in eindeutigem Sinne verwendet, ist aber bereits oben im § 7 ausgeräumt worden: Die Verfassung macht vor diesen Schwierigkeiten nicht halt, sie will das Politische normieren, auch wenn es sich seinem Wesen gemäß einer Normierung in besonders hohem Maße entgegenstellt.

Ein Argument f ü r die Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" - womit in diesem Paragraphen immer der Begriff "Rechtsstaat" als ein Begrenzungsbegriff gemeint ist - ergibt sich aus folgender Überlegung: Durch den Begriff "Rechtsstaat", durch die Rechtsstaatlichkeit will das Bonner Grundgesetz zum Schutze der Freiheit des Bürgers die Ausübung staatlicher Macht an gewisse formelle Erfordernisse binden. Es will eine Grenze für das staatliche Handeln ziehen. Hier mag sich zwar die Vorstellung von einem Grenzraum anbieten, in dem sich die schutzwürdigen Belange

1) Von Einzelfällen wie etwa der Einrichtung eines Gerichts, dessen Notwendigkeit sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, soll hier abgesehen werden.

des Einzelnen und die Interessen der durch die staatliche Macht vertretenen Allgemeinheit begegnen. Man könnte meinen, daß es innerhalb dieses Grenzraumes Sache der staatlichen Gewalt sei, die Grenzziehung von Fall zu Fall vorzunehmen, die Rechtsstaatlichkeit also jeweils zu aktualisieren. [1] Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß die Konkretisierung des Begriffs "Rechtsstaat" dem Ermessen der staatlichen Macht anheimgegeben wäre. Man mag einräumen, daß etwa der Gesetzgeber bei der Schaffung einer Verordnungsermächtigung die Möglichkeit hat, diese Ermächtigung mehr oder weniger rechtsstaatlich auszugestalten, indem er sie mehr oder weniger bestimmt formuliert. Das kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß - um im Beispiel zu bleiben - bei einem bestimmten Grad der Unbestimmtheit der Verordnungsermächtigung die dem Gesetzgeber durch die Rechtsstaatlichkeit gezogene Grenze erreicht ist. Es wäre ein Unding, wollte man die Bestimmung dieser Grenze dem Gesetzgeber zuweisen. Das wäre etwa so, als würde ein Gesetzgeber bestimmen: "Ein Vertrag darf nicht gegen die guten Sitten verstoßen", es wäre aber den Vertragschließenden überlassen, darüber zu entscheiden, was die guten Sitten sind.

Wenn die Verfassung mit der Verwendung des Begriffes "Rechtsstaat" den Zweck verfolgt - daß sie diesen Zweck verfolgt, ist wiederholt ausgeführt worden -, staatliches Handeln zu begrenzen und zu kontrollieren, so kann sie diesen Zweck nur dadurch erreichen, daß sie den Begriff "Rechtsstaat" in eindeutigem Sinne verwendet. Denn eine Kontrolle der staatlichen Gewalt mit Hilfe des Begriffs "Rechtsstaat" ist unmöglich, wenn diese Gewalt im Einzelfall selbst bestimmen könnte, was Rechtsstaatlichkeit bedeutet.

Eine teleologische Auslegung der Verfassung führt daher zu dem Ergebnis, daß das Bonner Grundgesetz die Eindeutigkeit des unbestimmten Begriffs "Rechtsstaat" als eines Begrenzungsbegriffs will. "Unbestimmtheit" und "Eindeutigkeit" sind trotz scheinbaren Gegensatzes miteinander vereinbar. Die Unbestimmtheit enthält eine Eindeutigkeit im Sinne einer eindeutigen Bestimmbarkeit durch Auslegung, sie ist keine Mehrdeutigkeit. Die Unbestimmtheit des Begriffs "Rechtsstaat" bedeutet in diesem Zusammenhang also nicht, daß der Verfassungsgeber die Entscheidung einer Frage von sich gewiesen hat. Als Begrenzungsbegriff ist der Begriff "Rechtsstaat" daher ein unbestimmter Rechtsbegriff.

Die Bildung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs hat man sich etwa folgendermaßen vorzustellen: Alle oben im Paragraphen 8 aufgezählten, aus dem Begriff des Rechtsstaates abgeleiteten Prinzipien wie Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Voraussehbarkeit staatlichen Handelns, Garantie von Grundrechten etc., die größ-

---

1) Ein solcher Spielraum klingt an in der Entscheidung BVerfGE 9, 167 ff. (174), wo es heißt: "Unvereinbarkeit mit den Prinzipien des Rechtsstaates läßt sich bei ihr (der gesetzlichen Regelung) nicht mit solcher Klarheit und Evidenz feststellen, daß sie für grundgesetzwidrig erklärt werden müßte." Vgl. hierzu Reuß DVBl. 59, 535

tenteils liberales Gepräge tragen, waren einstmals Forderungen im politischen Tageskampf. Im Laufe der Entwicklung haben diese Prinzipien sich eine immer steigende Anerkennung erworben. Sie sind dem politischen Kampf entrückt worden. Das GG hat alle diese Prinzipien unter dem Begriff "Rechtsstaat" zusammengefaßt und diesen Begriff in das Verfassungssystem aufgenommen. [1] Dadurch ist der Begriff "Rechtsstaat" als eine Zusammenfassung von politischen, auf die Ausübung staatlicher Macht bezüglichen Prinzipien "verrechtlicht" worden. Das GG verweist also mit dem Begriff "Rechtsstaat" auf diese Prinzipien. Durch Auslegung des Begriffes "Rechtsstaat" müssen sie, die nunmehr Rechtsgrundsätze sind, gewonnen werden.

Diese Auslegung des Begriffs "Rechtsstaat" ist Sache des Bundesverfassungsgerichts. An Hand einiger Beispiele aus dessen Rechtsprechung soll daher gezeigt werden, wie das BVerfG den Begrenzungsbegriff des Rechtsstaats handhabt. Hierbei wird es sich herausstellen, ob das oben auf Grund einer an Sinn und Zweck des Begriffs "Rechtsstaat" orientierten Auslegung der Verfassung gefundene Ergebnis, daß der Begriff "Rechtsstaat" als Begrenzungsbegriff ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt wird.

Das BVerfG hat z. B. das nordrhein-westfälische Beanstandungsgesetz in Haftentschädigungssachen wegen eines Verstoßes gegen die Rechtsstaatlichkeit für verfassungswidrig erklärt. In diesem Gesetz wurde dem Innenminister ein Beanstandungsrecht gegen die rechtskräftige Feststellung eines Haftentschädigungsanspruches durch die Kammer für Haftentschädigungssachen eingeräumt. Bei der Prüfung dieses Gesetzes [2] geht das BVerfG vom Rechtsstaatsprinzip aus. Aus diesem Prinzip leitet es die Forderung nach Rechtssicherheit ab. Das Prinzip der Rechtssicherheit wird weiter konkretisiert. Es wird festgestellt, daß die Rechtssicherheit einen Abschluß des Rechtsfindungsverfahrens verlangt, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist. [3] Jetzt ist das Rechtsstaatsprinzip soweit bestimmt, daß der staatliche Akt - das Gesetz - an ihm gemessen werden kann. Es ergibt sich dabei, daß das betreffende Gesetz durch die Einräumung des Beanstandungsrechts den aus dem Rechtsstaatsprinzip herausgearbeiteten Grundsatz über die Rechtsbeständigkeit eines Verfahrensabschlusses verletzt. Bei dieser Prüfung handelt es sich also eindeutig um die Anwendung eines Grundsatzes, der mittels Auslegung des Rechtsstaatsprinzips gewonnen wurde. Hätte der Gesetzgeber den Begriff "Rechtsstaat" richtig, d.h. verfassungsgemäß ausgelegt, so wäre er zu demselben Ergebnis gelangt. Der Landesgesetzgeber hat jedoch das

---

1) vgl. in diesem Sinne auch Kemmann, Diss. S. 89: "Die durch die fehlende Interpretation entstehende Schwierigkeit, was überhaupt unter dem Begriff zu verstehen sei, konnten wir bereits durch die Entwicklung bestimmter historisch vorgegebener Begriffsinhalte des Rechtsstaates in ihrer schärfsten Form beseitigen."

2) BVerfGE 2, 380 ff.

3) aaO. S. 403

Rechtsstaatsprinzip in diesem Falle entweder überhaupt nicht beachtet oder er hat es falsch, d.h. nicht der Verfassung entsprechend, ausgelegt. Sein Handeln verstößt daher gegen die Verfassung, weil es die staatlichem Handeln durch das Rechtsstaatsprinzip gezogene Grenze überschreitet.

In einem anderen Fall - bei der Prüfung der Apothekenstoppgesetze - hat das BVerfG die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Forderung nach der Voraussehbarkeit staatlichen Handelns zur Entscheidungsgrundlage gemacht. [1] Dieses Prinzip der Voraussehbarkeit verlangt bei näherer Konkretisierung, daß ein Gesetz, das auf andere Normen verweist, klar erkennen läßt, welche Normen gelten sollen. Gegen diesen Grundsatz der Bestimmtheit verstießen die Apothekenstoppgesetze, die pauschal auf die am 15. Oktober 1945 in den Bundesländern in Geltung befindlichen Vorschriften verwiesen. Auch hier handelt es sich um eine typische Auslegung. Die Forderung nach der Bestimmtheit der gesetzgeberischen Verweisung wird im Wege der Erkenntnis aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit hergeleitet, ohne daß das BVerfG dabei eine Ermessensentscheidung träfe. Der Gesetzgeber hätte bei Beachtung des Rechtsstaatsprinzips die Apothekenstoppgesetze in dieser Form nicht erlassen dürfen.

Aus dem Prinzip der Voraussehbarkeit hat das BVerfG auch die Forderung nach der Bestimmtheit einer Ermächtigung abgeleitet. [2] Die Bestimmtheit einer Ermächtigung nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß wird nach der Rechtsprechung des BVerfG ferner durch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gefordert. Auch dieser Grundsatz ist eine Ausprägung des rechtsstaatlichen Prinzips. [3] Diese Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und weiter zu der Forderung nach Bestimmtheit einer Verordnungsermächtigung versetzt das BVerfG in die Lage, z.B. die §§ 8, 18 Abs. 1 Nr. 1 des Umsatzsteuergesetzes [4] und die 1. Anordnung des Verwaltungsamtes des Reichsbauernführers zur Verordnung über den Anbau von Weinreben [5] wegen Verstoßes gegen die Rechtsstaatlichkeit für verfassungswidrig zu erklären.

Ferner leitet das BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip z.B. ab, daß nicht jede Rückwirkung eines Gesetzes gegen die Verfassung verstößt [6] und daß nicht jeder Rechtsweg einen Instanzenzug aufzuweisen braucht. [7] In diesen Fällen wird

---

1) BVerfGE 5, 25; zur Voraussehbarkeit vgl. auch BVerfGE 7, 89 ff.; 9, 137
2) BVerfGE 7, 302
3) BVerfGE 9, 147
4) BVerfGE 7, 282
5) BVerfGE 8, 71
6) BVerfGE 1, 280; 2, 264 ff.; 3, 150
7) BVerfGE 4, 74; 8, 181

dem Gesetzgeber bestätigt, daß er den Begriff "Rechtsstaat" richtig ausgelegt hat.

Waren bisher nur Beispiele dafür genannt worden, wie das BVerfG die "Anwendung" des Begriffes "Rechtsstaat" als eines Begrenzungsbegriffes durch den Gesetzgeber überprüft, so soll nun an einigen Beispielen gezeigt werden, daß das BVerfG auch für das Handeln von Verwaltung und Rechtsprechung Grundsätze aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet.

Für die Verwaltung ergibt sich aus der Rechtsstaatlichkeit, daß sie einen Eingriff in Rechte des Bürgers begründen muß. [1] Tritt an die Vollstreckungsbehörde die Frage heran, ob sie ein sowjetzonales Strafurteil vollstrecken kann, so muß sie prüfen, ob dieses Urteil rechtsstaatliche Grundsätze verletzt. Das liegt z.B. dann vor, wenn dem Angeklagten das rechtliche Gehör nicht gewährt worden ist. [2] Würde in einem solchen Falle die Vollstreckungsbehörde das Urteil vollstrecken, so würde das BVerfG die Vollstreckung für unzulässig erklären.

Im Hinblick auf die richterliche Gewalt seien zwei Beispiele genannt: Wenn Art. 101 Abs. 3 GG vorschreibt, daß niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf (ne bis in idem), so bestimmt hier die Verfassung selbst das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere die Rechtssicherheit als deren Merkmal. Das BVerfG hatte den in der Rechtsprechung herrschenden Grundsatz [3], daß eine durch einen Strafbefehl abgeurteilte Tat unter anderem rechtlichen Gesichtspunkt noch einmal bestraft werden kann, wenn eine erhöhte Strafbarkeit begründet ist, auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Es stellte fest, daß diese Auslegung die rechtsstaatlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit [4] nicht verletzt. [5] In Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG findet sich eine weitere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Dort heißt es, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. In Anwendung dieses Grundsatzes hat das BVerfG ein Strafurteil aufgehoben, weil der ausgeschlossene Kammervorsitzende die Anberaumung des Termins zur Hauptverhandlung beeinflußt hatte. Das BVerfG führt dazu aus, daß der Art. 101 Abs. 2 Satz 2 GG seine rechtsstaatliche Funktion nur erfüllen könne, wenn man ihn dahin auslege, daß auch durch Maßnahmen innerhalb der Gerichtsorganisation niemand dem in seiner Sache gesetzlich berufenen Richter entzogen werden dürfe. [6]

An den beiden letzten Beispielen wird ganz deutlich, daß das BVerfG die Bestimmungen der Verfassung nicht anders handhabt als jeder Richter sie auch handhaben müßte: es legt sie aus. Allerdings sind diese beiden zuletzt angeführten Fälle

---

1) BVerfGE 6, 44

2) BVerfGE 1, 332 (348)

3) vgl. hierzu Schäfer in Löwe-Rosenberg Anm. 2 zu § 410 StPO mit weiteren Literaturhinweisen.

4) hierauf wird im folgenden Paragraphen eingegangen

5) BVerfGE 3, 235

6) BVerfGE 4, 416 f.

nicht so geeignet, die Anwendung des unbestimmten Begriffs "Rechtsstaat" durch das BVerfG zu demonstrieren, da hier die Verfassung (in Art. 101 GG) selbst bereits eine nähere Bestimmung der Unbestimmtheit des Begriffes "Rechtsstaat" vorgenommen hat. Es ist jedoch interessant, daß das BVerfG bei der Auslegung dieser Verfassungsbestimmungen auf das ihnen übergeordnete Rechtsstaatsprinzip zurückgeht und es zur weiteren Konkretisierung heranzieht. So, wenn festgestellt wird, daß die Auslegung des Grundsatzes "ne bis in idem" nicht gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstößt, und daß der Grundsatz vom gesetzlichen Richter nur bei einer bestimmten Auslegung seine rechtsstaatliche Funktion erfüllt. Auch hier leitet also das BVerfG aus dem Begriff "Rechtsstaat" eindeutige Folgerungen ab.

Die Rechtsprechung des BVerfG zeigt mithin, daß es den Begriff "Rechtsstaat" als Begrenzungsbegriff als unbestimmten Rechtsbegriff handhabt. Das BVerfG geht von der Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" als eines Begrenzungsbegriffs aus. Das bedeutet, daß sich hinter der Unbestimmtheit dieses Begriffs für jeden Fall eine Bestimmbarkeit, d.h. eine von der Verfassung als eindeutig gewollte Entscheidung, verbirgt. Diese Entscheidung findet das BVerfG, indem es das Rechtsstaatsprinzip im Sinne der Verfassung soweit konkretisiert, daß es staatliches Handeln unter die so gewonnene bestimmte Norm subsumieren kann. Dabei kontrolliert es, entsprechend dem Wesen des Begriffs "Rechtsstaat" als eines Begrenzungsbegriffs staatliches Handeln nicht auf seine materielle Richtigkeit, sondern auf die Einhaltung der durch den Begriff "Rechtsstaat" gezogenen Grenzen.

Zusammengefaßt kann zu dem Begriff "Rechtsstaat" als Begrenzungsbegriff folgendes gesagt werden: Der Begriff "Rechtsstaat" richtet sich als Begrenzungsbegriff an alle staatlichen Gewalten. Jedes staatliche Handeln ist nur dann zulässig, wenn es die Rechtsstaatlichkeit nicht verletzt. Von der Verfassung (dem Bonner Grundgesetz) ist die Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" als eines Begrenzungsbegriffs gewollt. Das ergibt eine teleologische Auslegung der Verfassung. Deshalb ist der Begriff "Rechtsstaat" als Begrenzungsbegriff ein unbestimmter Rechtsbegriff im engeren Sinne. Die staatlichen Gewalten müssen daher durch Auslegung die ihrem Handeln durch den Begriff "Rechtsstaat" gezogenen Grenzen ermitteln. Auch vom BVerfG wird der Begrenzungsbegriff des Rechtsstaates als unbestimmter Rechtsbegriff im engeren Sinne gehandhabt. Die Unbestimmtheit des Begriffs "Rechtsstaat" als Begrenzungsbegriff wird durch Auslegung jeweils zu einer Bestimmtheit.

§ 10 DER BEGRIFF "RECHTSSTAAT" ALS INHALTSBEGRIFF

Als Inhaltsbegriff läßt sich der Begriff "Rechtsstaat" wie folgt formulieren: "Staatliches Handeln muß einen materiell gerechten Rechtszustand verwirklichen." In dieser Formulierung tritt die materielle Komponente des Begriffs "Rechtsstaat" zu Tage. Bezweckt der Begriff "Rechtsstaat" als Begrenzungsbegriff, staatliches Betätigungsfeld und Freiheitssphäre des Bürgers gegeneinander abzugrenzen, so will der Inhaltsbegriff des Rechtsstaats staatliches Handeln auch inhaltlich festlegen. Zu zeigen, in welcher Weise das geschieht, ist Aufgabe dieses Paragraphen.

Auch als Inhaltsbegriff wendet sich der Begriff "Rechtsstaat" an alle staatlichen Gewalten. Die Staatszielbestimmung "sozialer Rechtsstaat" ist ein Grundsatz zur Auslegung des bestehenden Rechts, eine Auslegungsmaxime für alle Organe des Bundes und der Länder; "sie verpflichtet die Organe sowohl der Gesetzgebung als auch der Verwaltung und Rechtsprechung, bei allen ihren Maßnahmen den Maßstab der sozialen Gerechtigkeit zu beachten." [1] Die Anwendung des Begriffs "Rechtsstaat" durch Verwaltung und Rechtsprechung soll hier jedoch außer Betracht bleiben. Verwaltung und Rechtsprechung sind gesetzesunterworfen, sie finden bei ihrer Tätigkeit in den meisten Fällen eine durch die Gesetze vorgeformte Gerechtigkeit vor. Bei ihnen ist dann in der Tat der Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff eine Auslegungsregel. Eigentlich problematisch wird die Unbestimmtheit des Begriffs "Rechtsstaat" im Bereich der Gesetzgebung. Denn Aufgabe des Gesetzgebers ist es, positives Recht zu setzen und dadurch die Gerechtigkeit zu verwirklichen; für ihn ist der Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff nicht nur Auslegungsregel, sondern höchstes Ziel. Insofern wendet sich der Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff vornehmlich an die Gesetzgebung. Die folgende Untersuchung soll daher auf das Verhältnis von Verfassung und Gesetzgebung beschränkt werden. Das ist auch deswegen gerechtfertigt, weil die Anwendung des Begriffs "Rechtsstaat" durch das BVerfG hauptsächlich im Normenkontrollverfahren erfolgt, also bei Nachprüfung von Gesetzgebungsakten.

Es ist zu prüfen, ob der Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff ein unbestimmter Rechtsbegriff im engeren Sinne ist, d.h., ob die Verfassung die Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff will, oder ob die Verfassung mit dem Begriff des sozialen Rechtsstaates, der auf die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit abzielt, lediglich einen Anhaltspunkt für die Betätigung des politischen Ermessens geben will. Denn daß die Verfassung nicht nur Rechtsbegriffe (im engeren Sinne), sondern auch Ermessensbegriffe enthalten kann, ist durchaus anerkannt. So ist die Bedürfnisfrage in Art. 72 Abs. 2 GG eine Ermessensfrage. [2] Schon Trie-

1) so Friedrich Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat S. 400

2) vgl. BVerfG JZ 53, 506 (508, rechts unten); dazu kritisch Reuß DVBl. 53, 588

pel schreibt [1]: "Wenn also die Reichsverfassung den Erlaß eines Reichsgesetzes von einer Voraussetzung abhängen läßt, deren Vorhandensein nur durch ein Werturteil festgestellt werden kann, so hat sie, wie man annehmen muß, das Urteil hierüber dem freien Ermessen des Gesetzgebers anheimgestellt. Der Staatsgerichtshof ist nicht befugt, dieses Urteil durch sein eigenes zu ersetzen." Nach Bachof [2] enthält die Verfassung nicht nur Rechtsnormen, sondern auch politische Direktiven, die nicht justiziabel sind. Das BVerfG [3] wendet einmal den Ausdruck "Richtschnur" als Gegensatz zu "Rechtsbegriff" an ("Der Ausdruck Kriegsfolgelasten ist also nicht nur als Richtschnur für den Gesetzgeber zu verstehen, das Wort bezeichnet vielmehr einen Rechtsbegriff").

Ob die Verfassung die Eindeutigkeit des Begriffes "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff will, läßt sich am besten feststellen, wenn man einen solchen Willen der Verfassung zunächst einmal unterstellt und sich die daraus zu ziehenden Folgerungen vergegenwärtigt.

Auch hier sei vermerkt, daß sich "Unbestimmtheit" und "Eindeutigkeit" nicht ausschließen, sondern daß sich aus der Unbestimmtheit mittels Auslegung eine Eindeutigkeit ergeben kann.

Wollte die Verfassung die Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" - womit im folgenden stets der Inhaltsbegriff des Rechtsstaats gemeint ist -, so würde die Unbestimmtheit dieses Begriffes in jedem Fall eine eindeutige Bestimmbarkeit sein. Für jeden Fall wäre eine gerechte Lösung in der Verfassung enthalten. Die Rechtsetzung und damit die Verwirklichung der Gerechtigkeit durch den Gesetzgeber geschähen nicht durch einen Willens- sondern durch einen Erkenntnisakt. Der Gesetzgeber müßte dann alle von ihm zu treffenden gesetzlichen Regelungen im Wege der Auslegung direkt aus der Gerechtigkeit ableiten, die die Verfassung durch den Begriff "Rechtsstaat" in Bezug nimmt. Eine weitere Folge wäre, daß das BVerfG jedes Gesetz aufheben müßte, wenn es bei seiner Prüfung zu dem Ergebnis käme, daß die vom Gesetzgeber getroffene Regelung nicht der von der Verfassung gewollten gerechten Regelung entspräche.

Bereits dieser kurze Abriß zeigt, daß ein derartiger Normperfektionismus vom GG nicht gewollt sein kann. Es ist unmöglich, die Tätigkeit des Gesetzgebers auf eine Konkretisierung des von der Verfassung Gewollten zu beschränken. Das widerspricht sowohl dem Wesen der Gesetzgebung als rechtsetzender Gewalt wie auch dem Sinn der Verfassung.

Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, Recht zu setzen, das Recht zu positivieren.

Nach Radbruch [4] ist Recht "die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte,

---

1) in Kahl-Festgabe S. 100

2) VVDStRL 9, 118 f.

3) DVBl. 1960, 431

4) Rechtsphilosophie S. 123

der Rechtsidee zu dienen". Die Idee des Rechts erschöpft sich nicht in der Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit ist nach Radbruch ein formales Prinzip. "Gerechtigkeit gebietet zwar, die Gleichen gleich, die Verschiedenen nach Maßgabe ihrer Verschiedenheit verschieden zu behandeln, läßt aber die Frage offen, wer als gleich oder verschieden anzusehen und wie sie zu behandeln seien. Gerechtigkeit bestimmt nur die Form Rechtens. Um den Inhalt des Rechts zu gewinnen, muß ein zweiter Gedanke hinzutreten: die Zweckmäßigkeit." [1] Als dritter Bestandteil der Rechtsidee kommt dann noch die Rechtssicherheit hinzu. [2] Die Gerechtigkeit und die Rechtssicherheit sind für Radbruch allgemein gültige, absolute Forderungen, während die Zweckmäßigkeit sowie das Verhältnis der drei Bestandteile der Rechtsidee zueinander von der Staats- und Rechtsauffassung, von der Parteistellung abhängig, mit anderen Worten dem politischen Kampf überantwortet sind. "Von den drei Bestandteilen der Rechtsidee gilt für die zweite, die Zweckmäßigkeit, die relativistische Selbstbescheidung. Die andern beiden aber, Gerechtigkeit wie Rechtssicherheit stehen über den Gegensätzen der Rechts- und Staatsauffassungen, über dem Kampfe der Parteien .... Der gesamte politische Tageskampf stellt sich als eine endlose Diskussion über die Gerechtigkeit dar ...; die stillschweigende Voraussetzung davon aber bei allen streitenden Teilen, daß, was dem einen recht ist, dem andern billig sein müsse - d.h. aber die Idee der Gerechtigkeit. Die Idee der Gerechtigkeit ist absolut, zwar formal, aber dafür allgemein gültig. Wie die Rechtssicherheit ist sie eine überparteiliche Forderung - aber von der Staats- und Rechtsauffassung, von der Parteistellung abhängig ist es, inwieweit diese Forderungen den andern Forderungen an das Recht voranzugehen oder nachzustehen haben, inwieweit die Zweckmäßigkeit oder Gerechtigkeit des Rechts der Rechtssicherheit oder umgekehrt die Richtssicherheit ihnen aufzuopfern sei." [3]

Würde man, ausgehend von dieser von Radbruch aufgezeigten Trias der Rechtsidee, feststellen können, daß das GG unter dem Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff lediglich die Gerechtigkeit, also ein absolutes, formales Prinzip versteht, so ließe sich der Begriff "Rechtsstaat" vielleicht als ein unbestimmter Rechtsbegriff ansprechen. Man könnte dann folgern, daß die Verfassung die Bestimmung der Zweckmäßigkeit sowie die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen den drei Bestandteilen der Rechtsidee dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen, jedoch mit Eindeutigkeit die Gerechtigkeit verwirklichen, nämlich bestimmen wolle, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.

Eine derartige "relativistische Selbstbescheidung" ist dem GG jedoch fremd. Das GG will auch über die Zweckmäßigkeit im Sinne Radbruchs etwas aussagen. Das BVerfG hat in einem anderen Zusammenhang dazu ausgeführt: "Dieser Grundordnung liegt letztlich nach der im Grundgesetz getroffenen verfassungspolitischen Ent-

1) aaO. S. 146
2) aaO. S. 168
3) aaO. S. 169 f.

scheidung die Vorstellung zu grunde, daß der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbständigen Wert besitzt und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit sind. Daher ist die Grundordnung eine wertgebundene Ordnung." 1) Bei dem Inhaltsbegriff des Rechtsstaats darf diese Wertgebundenheit nicht übersehen werden. Sie ergibt sich einmal daraus, daß sich das GG (Art. 1 Abs. 3) zu den Grundrechten als obersten Werten bekennt, die die staatliche Gewalt in allen Erscheinungsformen binden. Zum andern wird diese Wertgebundenheit aber dadurch deutlich, daß das GG von dem "sozialen" Rechtsstaat spricht. Mit der Sicherung der individuellen Sphäre bewegt sich das GG in liberalen Vorstellungen: der Bürger soll vor dem Staate geschützt werden. Durch die Postulierung des Sozialstaates berücksichtigt es, daß der Bürger, der nicht in liberaler Isolierung sondern nur als Glied der Gemeinschaft gedacht werden kann, auf die Gemeinschaft angewiesen ist und daß er deswegen Anspruch auf deren Schutz und auf deren Leistungen haben muß.

Ob aus der Tatsache, daß das GG mit dem Begriff des sozialen Rechtsstaats auf eine soziale Gerechtigkeit abstellt, geschlossen werden muß, daß das GG unter Gerechtigkeit nicht nur eine formale sondern eine inhaltlich charakterisierte Gerechtigkeit (eine Zusammenfassung von Radbruchs Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit) versteht, oder ob es zwar von der Gerechtigkeit als einem formalen Prinzip ausgeht, dafür aber die Zweckmäßigkeit (im Sinne Radbruchs) festlegen will, kann dahingestellt bleiben, da es für diese Untersuchung ohne Bedeutung ist. In jedem Falle ergibt sich, daß das GG mit dem Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff mehr ausdrücken will, als daß der Gesetzgeber die Gerechtigkeit als ein formales Prinzip verwirklichen sollte. Der Gesetzgeber soll vielmehr Gesetze schaffen, die am Maßstab einer materiellen Gerechtigkeit orientiert sind. Was diese materielle Gerechtigkeit ist, und wie sie verwirklicht werden kann, ist Gegenstand der politischen Meinungsverschiedenheiten und Kämpfe. Hier ist das eigentliche Betätigungsfeld des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber muß versuchen, die verschiedenen Interessen abzuwägen und eine sozial gerechte Lösung zu finden. Darüberhinaus hat er jeweils das Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zu lösen.

Diese Aufgabe der Rechtsetzung, die schöpferische (politische) eigenverantwortliche Entscheidung über die Rangfolge von (politischen) Interessen, die dem Gesetzgeber gestellt ist und durch die aus dem politischen Kampf eine Rechtsordnung entsteht, bliebe außer Acht, würde man eine von der Verfassung gewollte Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff annehmen mit der Folge, daß die Verfassung in jedem Fall eine sozial gerechte Lösung enthielte, die der Gesetzgeber durch Auslegung zu ermitteln hätte.

Würde man eine solche Eindeutigkeit annehmen, so würde das BVerfG in jedem Falle darüber zu befinden haben, welche gesetzliche Regelung getroffen

1) BVerfGE 2, 12

werden müßte, da ja das BVerfG den Gesetzgeber auf die Einhaltung der Verfassung hin kontrolliert. Dadurch würde das BVerfG praktisch zum Gesetzgeber [1], wenn auch zu einem negativen [2]. Eine solche Anreicherung der Kompetenzen der richterlichen Gewalt, die dadurch in den Kernbereich der Zuständigkeiten einer anderen Gewalt eindringen würde, ist aber mit dem in der Verfassung verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung unvereinbar. [3] Auch aus diesem Grunde kann die Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff von der Verfassung nicht gewollt sein.

Eine solche Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" würde überdies dem Sinn und der Aufgabe der Verfassung entgegenstehen. Die Verfassung ist nicht eine Zusammenfassung von obersten Normen, aus denen alles andere Recht im Wege der Auslegung abgeleitet werden kann. Sie will ferner den politischen Kampf nicht endgültig schlichten, sondern sie will ihn nur in rechtliche Bahnen leiten und endlich die obersten Grundwerte festlegen, an denen jedes politische Handeln sich auszurichten hat.

Auf den Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff bezogen heißt das: Die Gesetzgebung wird vom GG aufgerufen, die materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen, womit sowohl Werte liberaler Herkunft (Art. 4, 5, 8 - 17 GG) als auch die soziale Gerechtigkeit gemeint sind. [4] Wie das im einzelnen zu geschehen hat, bleibt ihrem politischen Ermessen überlassen. Die Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff wird vom BGG mithin nicht gewollt. Als Inhaltsbegriff ist der Begriff "Rechtsstaat" kein unbestimmter Rechtsbegriff i. e. S. Der Gesetzgeber ist bei der Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit nicht derart verfassungsunterworfen wie die Verwaltung bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes gesetzesunterworfen ist. Eine Anwendung des Inhaltsbegriffes des Rechtsstaates ist dem BVerfG nicht möglich, da es sich nicht um einen unbestimmten Rechtsbegriff i. e. S. handelt.

Wenn auch die Verfassung mit dem Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff nicht bestimmt, w i e die materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen ist, so fordert sie doch, d a ß sie verwirklicht werde. Als notwendiges Korrelat enthält die Norm "Staatliches Handeln muß die Rechtsstaatlichkeit, d. h. einen materiell gerechten Rechtszustand verwirklichen" daher eine zweite Norm mit dem Inhalt "Staatliches

---

1) vgl. Meyers, Über Politik und Staatsgerichtsbarkeit S. 287 und Jahrreiss JuV 50, 123; vgl. zu diesem Problem überhaupt Carl Schmitt, Hüter der Verfassung S. 45

2) vgl. Kelsen VVDStRL 5, 54

3) vgl. Friedrich Klein Art. 20 Anm. V 5 b

4) vgl. oben S. 47

Handeln darf die materielle Gerechtigkeit niemals völlig außer Acht lassen". [1] Die Anwendung dieser letzteren (Begrenzungs-) Norm ist dem BVerfG anheimgegeben. Das BVerfG kann die Gesetzgebung nur daraufhin überprüfen, ob sie den Maßstab der materiellen Gerechtigkeit nicht vernachlässigt hat; denn eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit kann nur eine Prüfung auf die Einhaltung der äußersten Schranken sein. [2] Wie diese Schranke zu gewinnen ist, ist sehr problematisch. Anknüpfend an Radbruch [3] könnte man sie etwa dort sehen, wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo sie bewußt verleugnet wird. Eine genauere Grenzziehung ist nicht möglich. Wollte man aus der Norm "Staatliches Handeln darf die materielle Gerechtigkeit niemals völlig außer Acht lassen" genauere, dann notwendigerweise inhaltliche Forderungen ableiten, so würde man damit eine Konkretisierung des Inhaltsbegriffs des Rechtsstaats vornehmen, man würde sich in den Bereich des "wie"begeben, in einen Bereich also, dessen Ausgestaltung gerade durch die mangelnde Eindeutigkeit des Begriffs "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff dem Gesetzgeber vorbehalten ist. In der Rechtsprechung des BVerfG findet sich keine Entscheidung, in der ein Gesetz wegen Außerachtlassens der Gerechtigkeit aufgehoben worden wäre.

Eine solche nochmalige Aufschlüsselung des Inhaltsbegriffs des Rechtsstaates, wie sie hier vorgenommen worden ist, mag zunächst vielleicht befremden. Selbst wenn man ihr folgen wollte, könnte man doch einwenden, das hier entwickelte begrenzende Moment des Inhaltsbegriffes des Rechtsstaates sei nicht diesem Inhaltsbegriff, sondern dem im § 9 behandelten Begrenzungsbegriff des Rechtsstaates zuzurechnen. Ein solcher Einwand läge jedoch neben der S ache. Es handelt sich nämlich hier nicht wie bei den in § 9 behandelten Merkmalen um eine Begrenzung der Art und Weise der Ausübung staatlicher Tätigkeit, sondern um eine Schranke für die Inhaltlichkeit staatlichen Handelns, so daß man den Inhaltsbegriff des Rechtsstaates allenfalls als einen i n h a l t l i c h e n Begrenzungsbegriff im Gegensatz zu dem in § 9 behandelten (dann) f o r m e l l e n Begrenzungsbegriff bezeichnen kann. Die Norm (ein Aspekt des Begriffes "Rechtsstaat"): "Staatliches Handeln muß einen materiell gerechten Rechtszustand verwirklichen" weist in sich zwei Aspekte auf. Daß eine Verfassungsbestimmung, die eine positive Richtlinie gibt, gleichzeitig auch eine negative Schranke, die unmittelbar anwendbares Recht

---

1) " ... denn die - richtig begriffene - Gerechtigkeit läßt dem Gesetzgeber weitgehende Entscheidungsfreiheit, die er gemäß historischen Bedingtheiten gebrauchen soll; sie steckt ihm aber andererseits einen - wenn auch weiten, so doch unüberschreitbaren Rahmen und bildet das notwendige Korrektiv für irregeleitete Volksanschauungen"; so Böckenförde, Diss. S. 54

2) vgl. Kaufmann VVDStRL 9, 10

3) Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht im Anh. zur Rechtsphilosophie S. 353

ist, enthalten kann, ist bereits für Art. 151 Abs. 1 WRV von Lehmann vertreten worden. [1] Lehmann meint entgegen der damals herrschenden Lehre [2], Art. 151 Abs. 1 - der besagt, daß die Ordnung des Wirtschaftslebens den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen müsse -, enthalte eine unmittelbar verbindliche Schranke für den Gesetzgeber, deren Einhaltung der Richter nachprüfen könne. [3] Man könne nicht alle Verfassungsbestimmungen auf die Antithese: unmittelbar anwendbares Recht oder bloße Direktive bringen. [4] Gewisse Verfassungsbestimmungen können Direktiven enthalten, "die nach ihrem positiven Inhalt zwar durchaus noch der näheren Ausführung harren, aber doch nach ihrer negativen Seite sofort insoweit eine unmittelbare Bedeutung entfalten, als gewisse Lösungen - weil mit ihrem positiven Inhalt, weil mit ihren grundsätzlichen Gedanken ganz unvereinbar - eine Verletzung dieses Grundgedankens enthalten". [5] In diesem Sinne ist die nochmalige Aufteilung des Begriffes "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff berechtigt und notwendig.

War bisher durch eine Auslegung des GG festgestellt worden, daß das GG die Eindeutigkeit des Begriffes "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff nicht will, so soll im folgenden geprüft werden, wie das BVerfG den Inhaltsbegriff des Rechtsstaates handhabt.

Sucht man in der Rechtsprechung des BVerfG nach Entscheidungen, in denen das BVerfG sich mit dem Inhaltsbegriff des Rechtsstaates, also mit der materiellen Komponente des Begriffes "Rechtsstaat" auseinander setzt, so fällt auf, daß solche Entscheidungen äußerst selten sind. Während es eine Fülle von Entscheidungen gibt, in denen das BVerfG den Begrenzungsbegriff des Rechtsstaates anwendet [6], finden sich nur wenige Entscheidungen, in denen das rechtsstaatliche Prinzip der Gerechtigkeit erwähnt wird.

Bei der Prüfung, ob die von der h. L. im Hinblick auf die Rechtskraft eines Strafbefehls vorgenommene Auslegung des Grundsatzes "ne bis in idem" - diese geht dahin, daß eine durch einen Strafbefehl abgeurteilte Tat unter anderem rechtlichen Gesichtspunkt noch einmal bestraft werden kann, wenn eine erhöhte Strafbarkeit begründet ist - mit dem GG vereinbar ist, hat das BVerfG festgestellt, daß diese Auslegung "die das Grundgesetz beherrschenden rechtsstaatlichen Prinzipien der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit nicht verletzt" [7]. Eine solche pauschale Feststellung sagt jedoch über die Bedeutung, die das BVerfG der Gerechtigkeit als

---

1) in Nipperdey, Grundrechte Band III S. 125 ff.
2) vgl. z.B. Anschütz, WRV Anm. 1 zu Art. 151
3) aaO. S. 127
4) aaO. S. 129
5) aaO. S. 130
6) vgl. die §§ 3 und 9 dieser Untersuchung
7) BVerfGE 3, 253

einem Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips beimißt, noch nicht viel aus. Hier klingt lediglich an, daß das BVerfG sich darauf beschränken will, staatliches Handeln daraufhin zu prüfen, ob es die Gerechtigkeit verletzt. Diese Absicht des BVerfG kommt in einer anderen Entscheidung deutlicher zum Ausdruck. Dort stellt das BVerfG für das Strafrecht den rechtsstaatlichen Grundsatz auf, daß die angedrohte Strafe in einem g e r e c h t e n Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen muß, und es kommt zu dem Ergebnis, daß der an diesem Maßstab überprüfte Strafrahmen des § 175 a StGB rechtstaatlichen Grundsätzen genügt. [1] Hier zeigt sich, daß das BVerfG den Gesetzgeber nur auf die Beachtung der Gerechtigkeit hin kontrolliert, nicht aber nachprüft, wie der Gesetzgeber im einzelnen die Gerechtigkeit verwirklicht hat. Diese Entscheidung ist auch deswegen von Bedeutung, weil sie ein anderes, oben gefundenes Ergebnis bestätigt: Das GG nimmt mit dem Inhaltsbegriff des Rechtsstaats nicht nur auf die Gerechtigkeit als ein formales Prinzip Bezug, sondern es will auch eine inhaltliche Aussage machen, es will die Zweckmäßigkeit im Sinne Radbruchs festlegen. [2] Zielte das GG mit dem Begriff "Rechtsstaat" nämlich lediglich auf eine formale Gerechtigkeit ab, die bestimmt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, so ließe sich mit Hilfe des Rechtsstaatsprinzips niemals kontrollieren, ob ein Strafrahmen gerecht ist; denn ob eine Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters steht, läßt sich an einem nur formalen Prinzip nicht ermessen.

Die Ausgestaltung des Strafrahmens ist Sache des Gesetzgebers. Das BVerfG prüft, ob durch die Art und Weise, wie der Gesetzgeber den Strafrahmen festgesetzt hat, nicht die Gerechtigkeit verletzt wird. Man kann also feststellen, daß der Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff in der Rechtsprechung des BVerfG auf die auch in diesem Inhaltsbegriff enthaltene Begrenzungsfunktion zurückgeführt wird, daß es den Inhaltsbegriff praktisch als einen inhaltlichen Begrenzungsbegriff handhabt. Das BVerfG prüft die Tätigkeit des Gesetzgebers auch unter inhaltlichem Gesichtspunkt nur auf die Einhaltung der äußersten Schranken. Das bestätigt das oben durch Auslegung der Verfassung gefundene Ergebnis, daß der Begriff "Rechtsstaat" als Inhaltsbegriff kein unbestimmter Rechtsbegriff ist, daß nämlich die Verfassung die eindeutige Bestimmbarkeit des Inhaltsbegriffes des Rechtsstaates nicht will.

Faßt man nun die Untersuchungen über den Begriff "Rechtsstaat" zusammen, so ergibt sich folgendes: Der Begriff "Rechtsstaat" weist, so wie er im GG verwen-

---

1) BVerfGE 6, 439

2) Auf die Inhaltlichkeit des Rechts bezieht sich auch der vom BVerfG (BVerfGE 10, 103 und 117) aufgestellte rechtsstaatliche Grundsatz, daß das gewählte Mittel und der gewollte Zweck in einem v e r n ü n f t i g e n Verhältnis zueinander stehen müssen.

det wird, zwei Aspekte auf, einen formellen Aspekt bürgerlich-liberaler Prägung, der sich auf die Art und Weise der Ausübung staatlicher Macht bezieht, und einen materiellen Aspekt, der allen staatlichen Gewalten die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit zur Aufgabe macht. Diese beiden Aspekte sind gesondert betrachtet und als der Begrenzungsbegriff und der Inhaltsbegriff des Rechtsstaates unterschieden worden. Dabei hat sich gezeigt: Soweit der Begriff "Rechtsstaat" der Begrenzung der staatlichen Macht dient, ist er ein unbestimmter Rechtsbegriff. Seine Unbestimmtheit ist in diesem Falle eine Bestimmbarkeit; durch Auslegung lassen sich konkrete Grundsätze aus dem Begriff "Rechtsstaat" ableiten, an denen dann das staatliche Handeln gemessen werden kann. Soweit der Begriff "Rechtsstaat" eine Aussage über die Inhaltlichkeit staatlichen Handelns enthält, ist er kein unbestimmter Rechtsbegriff. Hier enthält er nur einen Auftrag an die staatlichen Gewalten, insbesondere an den Gesetzgeber, die materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen. Wie das im einzelnen geschieht, bleibt dem politischen Ermessen der staatlichen Gewalten überlassen. Es darf nur nicht die Gerechtigkeit außer Acht gelassen werden. Auch unter materiellem Aspekt enthält der Begriff "Rechtsstaat" daher ein begrenzendes Moment.

Die Konkretisierung des Begriffs "Rechtsstaat" unter begrenzendem Gesichtspunkt ist im wesentlichen Sache des BVerfG, unter inhaltlich-ausfüllendem Gesichtspunkt ist seine Konkretisierung im wesentlichen dem Gesetzgeber übertragen.

Diese jeweils durch Auslegung des GG unter Berücksichtigung des Sinnes und Zwecks einer Verfassung gewonnenen Ergebnisse werden durch die Art, wie das BVerfG den Begriff "Rechtsstaat" anwendet, bestätigt.

Von besonderer Bedeutung für das Verständnis der Stellung, die das BVerfG zum Begriff "Rechtsstaat" einnimmt, ist die Entscheidung des BVerfG, in der es sich mit der Verfassungsmäßigkeit der §§ 27, 28 Abs. 2 des hamburgischen Hundesteuergesetzes auseinanderzusetzen hatte. [1] Diese Entscheidung soll hier als Abschluß der Untersuchungen zum Begriff "Rechtsstaat" nicht unerwähnt bleiben.

Das hamburgische Hundesteuergesetz hatte eine Hundesteuer für einen zurückliegenden Zeitraum eingeführt. Das BVerfG hatte zu prüfen, ob durch diese Rückwirkung die Rechtsstaatlichkeit verletzt wird. Es hat zunächst festgestellt, daß das Rechtsstaatsprinzip nicht jede Rückwirkung verbietet, "auch dann nicht, wenn nachträglich an einen in der Vergangenheit liegenden abgeschlossenen Tatbestand angeknüpft wird". [2] Es fährt dann fort: "Zur Rechtsstaatlichkeit gehört nicht nur die Voraussehbarkeit, sondern auch die Rechtssicherheit und die materielle Richtigkeit oder Gerechtigkeit." Hier treten die beiden Aspekte des Begriffes "Rechtsstaat" hervor, die Voraussehbarkeit und die Rechtssicherheit als formelle Kriterien und die

1) BVerfGE 7, 89 ff.

2) vgl. auch BVerfGE 1, 264 (280); 2, 237 (264 ff.); 3, 58 (150).

Gerechtigkeit als das materielle Kriterium der Rechtsstaatlichkeit. In der Entscheidung heißt es dann weiter: "Schon diese verschiedenen Seiten des Rechtsstaatsprinzips selbst können in der Gesetzgebung nicht immer gleichmäßig berücksichtigt werden. Darüber hinaus enthält das Rechtsstaatsprinzip keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote von Verfassungsrang, sondern ist ein Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten bedarf, wobei allerdings fundamentale Elemente des Rechtsstaats und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben müssen." Wenn das BVerfG sagt, das Rechtsstaatsprinzip enthalte keine eindeutig bestimmten Gebote und Verbote, sondern bedürfe der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten, so könnte man daraus schließen, die Verwirklichung des Rechtsstaates sei eben eine Sache des politischen Ermessens der staatlichen Gewalten, diese müßten jeweils unter Berücksichtigung der sachlichen Gegebenheiten bestimmen, was Rechtsstaatlichkeit bedeutet. Aus der angeführten Stelle ergibt sich jedoch, daß dies nur teilweise zutrifft. Zwar ist es Sache des Gesetzgebers, die verschiedenen Seiten des Rechtsstaatsprinzips je nach den sachlichen Gegebenheiten so zu berücksichtigen, wie es ihm richtig erscheint. Hierbei dürfen jedoch, wie das BVerfG sagt, die fundamentalen Elemente des Rechtsstaats und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen nicht verletzt werden. Diese fundamentalen Elemente des Rechtsstaats sind im Begriff des Rechtsstaats enthalten und können aus ihm mittels Auslegung gewonnen werden, so daß das BVerfG in der Lage ist, die Gesetzgebung auf die Beachtung dieser Prinzipien hin zu kontrollieren. In diesem Sinne heißt es dann auch im nächsten Satz der Entscheidung: "Ob gesetzliche Regelungen rechtsstaatlich unbedenklich sind, kann nur die Prüfung des Einzelfalls ergeben." Das BVerfG prüft also nicht, wie ein Gesetz die Rechtsstaatlichkeit verwirklicht, sondern ob es rechtsstaatlich unbedenklich ist, d.h. es sieht das Gesetz lediglich unter dem begrenzenden Aspekt des Begriffs "Rechtsstaat". In dem besprochenen Fall leitet das BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz ab: "Ein Abgabengesetz überschreitet durch seine Rückwirkung die rechtsstaatlichen Grenzen jedenfalls dann nicht, wenn die finanzielle Belastung voraussehbar, durch sachliche Erwägung gerechtfertigt und im einzelnen unbedeutend ist."

Interessant ist in diesem Zusammenhang vor allem das zweite vom BVerfG geforderte Merkmal, nämlich die sachliche Rechtfertigung der Belastung. Diese Anforderung bezieht sich auf die eigentliche Inhaltlichkeit des Gesetzes. Sie enthält den Grundsatz, daß ein Gesetz nicht der Rechtsstaatlichkeit genügt, wenn es durch sachliche Erwägungen nicht gerechtfertigt, d.h., wenn es willkürlich ist. Dieses Willkürverbot ist ein Bestandteil der Gerechtigkeit. Hier wird abermals klar, daß das BVerfG bei der Prüfung einer gesetzlichen Regelung am Rechtsstaatsprinzip (genauer an dessen materiellem Aspekt) nicht darauf abstellt, w i e der Gesetzgeber mit seiner Regelung an die sachlichen Gegebenheiten anknüpft, son-

dern o b er überhaupt von einer sachlichen Grundlage ausgeht.

Bestimmt die Verfassung mit dem Begriff "Rechtsstaat", daß der Gesetzgeber die Gerechtigkeit verwirklichen soll, so bedeutet das - durch Auslegung ermittelt -, daß er keine willkürlichen Regelungen treffen darf.

In dem soeben besprochenen Urteil des BVerfG zeigt sich mit aller Deutlichkei daß der Begriff "Rechtsstaat" nur insofern ein unbestimmter Rechtsbegriff, d.h., daß nur insofern seine Eindeutigkeit vom GG gewollt ist, als er eine Grenze für das staatliche Handeln aufzeigt, die dieses sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht nicht überschreiten darf. In diesem Sinne wird der Begriff "Rechtsstaat" vom BVerfG gehandhabt.

§ 11 DER BEGRIFF "FREIHEITLICHE DEMOKRATISCHE GRUNDORDNUNG"

Während der Begriff "Rechtsstaat" sich im GG nur an einer einzigen Stelle findet, wird der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" im GG mehrfach verwendet. In Art. 18 Satz 1 GG ist bestimmt, daß derjenige, der bestimmte Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, diese Grundrechte verwirkt. In Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG heißt es, daß Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, verfassungswidrig sind. Schließlich gestattet Art. 91 Abs. 1 GG einem Land, zur Abwehr einer drohenden Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes die Polizeikräfte anderer Länder anzufordern.

Bei einer Gegenüberstellung der Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung" ergeben sich folgende Unterschiede:

Der Begriff "Rechtsstaat" ist eine Leitidee, eine Grundentscheidung des GG, die sich unmittelbar an alle staatliche Gewalt wendet. Der Begriff "Rechtsstaat" findet sich ausdrücklich nur in einem Artikel. Als Rechtsstaatsprinzip liegt der Begriff "Rechtsstaat" jedoch der ganzen Verfassung unausgesprochen und an einzelnen Stellen sich zu konkreten Verfassungssätzen verdichtend (vgl. etwa Art. 103 und 104, Art. 1 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 GG) zugrunde. Der Begriff "Rechtsstaat" ist im GG weniger ein Begriff als Bestandteil von Rechtssätzen, er kennzeichnet vielmehr ein umfassendes Prinzip, aus dem, sei es im Wege der Auslegung, soweit es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, sei es sonst durch die Betätigung des politischen Ermessens, konkretere Normen erst gewonnen werden müssen.

Hingegen ist der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" ein Rechtsbegriff im eigentlichen Sinne. Er ist im GG jeweils Bestandteil eines ganz bestimmten Rechtssatzes. Nicht durch diesen Begriff selbst und unmittelbar, sondern durch

Rechtsätze, in denen er enthalten ist, soll das politische Verhalten normiert werden. Stellte sich bei der Analyse des Rechtsstaatsprinzips die Frage, welche Norm aus diesem unbestimmten Prinzip abzuleiten sei, womit dann gleichzeitig auch eine Bestimmung des unbestimmten Begriffs "Rechtsstaat" vorgenommen wurde, so lautet bei der Untersuchung des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" die Frage: Was bedeutet die Norm, in der der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" enthalten ist?

Der Begriff "Rechtsstaat" ist ein überkommener, traditioneller Begriff; dagegen ist der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" neu, vom GG geprägt. Das hat zur Folge, daß gerade an der Unbestimmtheit des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" die Kritiker des Grundgesetzes angesetzt haben. Dies umsomehr, als sich gerade zwei Normen, in denen der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" enthalten ist (Art. 18 und Art. 21 GG), unmittelbar an das BVerfG wenden. Dieses muß aussprechen, wann und wie ein Grundrecht verwirkt ist, und muß die Verfassungswidrigkeit einer Partei feststellen. Jahrreiss [1] meint mit Bezug auf den Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung", man habe dem Gericht nicht "die unerläßlichen klaren und also Berechenbarkeit ermöglichenden Richtmaße gegeben". Freund führt dazu aus: "Aber die Ordnung und die Norm müssen in ihren Grundzügen feststehen. Es bedeutet eine Entmachtung der politischen Gewalten, wenn die Gerichte aus gesetzgeberischen Andeutungen und Fetzen das Recht in seiner Gesamtheit erst erschließen und entwickeln müssen. ... Die politischen Gewalten in Deutschland haben noch nicht festgelegt, wann eine Partei undemokratisch wird und welches der Status und die Behandlung einer verfassungswidrigen Partei sei. Solche Dinge aber müßte allein das souveräne Volk entscheiden." [2]

Aufgabe dieses Paragraphen ist es zu untersuchen, ob diese von Freund geforderte Entscheidung nicht schon von der Verfassung getroffen worden ist. Das wäre dann der Fall, wenn der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" ein unbestimmter Rechtsbegriff im Sinne dieser Untersuchung [3] wäre, d.h., wenn von der Verfassung die Eindeutigkeit des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" gewollt wäre.

Die Fragestellung lautet also: Will das GG die Eindeutigkeit des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung"?

Zunächst: Was will das GG mit dem Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" überhaupt zum Ausdruck bringen?

"Die veränderten Verhältnisse haben den demokratischen Verfassungsstaat zur Abkehr von der innerpolitischen Neutralität, die eine 'Neutralität bis zum

---

1) JuV 1950, 123

2) Gegenwart 1952, 457

3) s.o. § 6 S. 26

Selbstmord'(C. Schmitt)zu werden drohte, gezwungen. Er steht vor dem Dilemma, entweder das Prinzip der gleichen Chance, d.h. die innerpolitische Neutralität, oder aber seine Grundwerte unverteidigt preiszugeben. Er muß sich entscheiden, er muß gegen den innerpolitischen 'Feind' Stellung nehmen. Dieser 'Feind' aber ist derjenige, der unter Verneinung der Grundwerte des demokratischen Verfassungsstaates nur dessen 'funktionalistisches Legalitätssystem', das die gleiche Chance gewährleistet, 'achtet', d.h. in Wirklichkeit das Legalitätssystem nur dazu verwendet, um das Legitimitätssystem schließlich aus den Angeln zu heben. Will der demokratische Verfassungsstaat aber diese 'hors la loi' - Setzung des innerpolitischen Feindes, das Verhör bestimmter Parteien und Vereinigungen, nicht willkürlich handhaben wie der absolute Staat, so muß er sie aus den verfassungsmäßigen Grundwerten, d.h. aus jenen Normen, die die materiale Verfassung der Demokratie konstituieren, ableiten. ... Eine Entscheidungsnorm kann nur die materielle Verfassung bieten, d.h. die Dogmatisierung der 'grundlegenden Prinzipien', die das grundsätzlich unveränderliche 'Verfassungssystem' ausmachen." [1] Aus diesen Erwägungen heraus bekennt sich das GG mit dem Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu einer materiellen Verfassung im engeren Sinne, wie Hermann Heller den Kreis der grundlegenden Verfassungsprinzipien zuerst genannt hat. [2] Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung, d.h. der staatlichen Gesamtordnung, noch eine begrenztere Ordnung von erhöhtem Bestand vorhanden ist, eine Grundordnung. Die politischen Parteien dürfen z.B. für eine Verfassungsänderung, d.h. für eine Änderung der verfassungsmäßigen Ordnung, eintreten, durch Art. 21 GG ist die Grundordnung jedoch ihrem Streben entzogen.

Diese Grundordnung ist demokratisch. Die moderne Demokratie, auf die hiermit abgestellt wird, ist eine repräsentative Demokratie, sie ist "responsible government" auf der Grundlage des allgemeinen und gleichen Wahlrechts [3], Herrschaftsausübung im Auftrage und unter Kontrolle des Volkes [4]. Demokratie ist ein Staat, "dessen Staatsrechtsnormen dem ganzen Volke politische Freiheit und Gleichheit verleihen" [5]. Die moderne Massendemokratie ist mithin eine liberale Demokratie, eine Verbindung von Liberalismus und Demokratie. [6] Um das klarzustellen, wird die demokratische Grundordnung im GG zusätzlich noch als eine freiheitliche bezeichnet. Demokratisch heißt also demokratisch im liberalen Sinne.

Der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" umfaßt daher alle grundlegenden Prinzipien, die eine staatliche Grundordnung zu einer freiheitlichen und demokratischen machen.[7] Zu diesen Prinzipien gehören die Volkssouveränität,

1) Kägi, Verfassung als Grundordnung S. 64 f.
2) vgl. zum Begriff oben § 7 S. 32
3) Thoma, Art. "Staat" S. 742
4) Stammer, Politische Soziologie S. 261
5) Thoma, Begriff der modernen Demokratie S. 42
6) siehe dazu C. Schmitt, Parlamentarismus S. 18 f.
7) vgl. oben S. 12

die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien sowie das Recht auf Opposition. [1] Dieses sind die notwendigen Merkmale einer (freiheitlichen) Demokratie. Weiter ist eine freiheitliche Demokratie ohne die traditionellen Menschenrechte nicht denkbar. Die Achtung vor den im GG konkretisierten Grundrechten gehört daher ebenfalls zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik. Zusammenfassend stellt das BVerfG [2] fest: "So läßt sich die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine Ordnung bestimmen, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und Freiheit und Gleichheit darstellt."

Dieses vorausgeschickt, kann die Antwort auf die Frage, ob das GG die Eindeutigkeit des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" will, kaum noch zweifelhaft sein.

Hier kann auf das oben im § 7 über das Wesen und den Sinn der Verfassung Gesagte verwiesen werden. Eine Verfassung will das Politische normieren, sie will politisches Handeln in rechtliche Bahnen lenken. Hierbei besteht durchaus die Möglichkeit, entweder eine eindeutige Regelung vorzunehmen, also einen Begriff in eindeutigem Sinne zu verwenden, oder aber nur einen Rahmen abzustecken, ein oberstes Ziel herauszustellen und den politischen Gewalten zu überlassen, in welcher Weise sie dieses Ziel verwirklichen. Diese beiden Möglichkeiten sind an den zwei Aspekten des Begriffes "Rechtsstaat" deutlich geworden. Wenn eine Verfassung nicht nur Regeln für politisches Handeln aufstellt, sondern sich für oberste Werte entscheidet, die für alles politische Tun bindend sein sollen, wenn also das GG innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung noch eine fundamentale, aus diesen Grundwerten bestehende Grundordnung heraushebt, so kann das nur in eindeutigem Sinne gemeint sein. Man mag darüber streiten, ob irgendein Satz der geschriebenen Verfassung eine Rechtsnorm mit eindeutigem Sinn enthält oder ob es sich dabei um eine politische Direktive, einen Aufruf zur Betätigung des politischen Ermessens in einer bestimmten Richtung oder wie man es sonst nennen will, handelt. Sobald man sich jedoch in den Bereich der materiellen Verfassung im engeren Sinne, des grundsätzlich unveränderlichen Verfassungssystems begibt, kann es auf die Frage, ob Eindeutigkeit oder nicht, dem Wesen der Verfassung gemäß nur eine Antwort geben: nämlich Eindeutigkeit. Es wäre ein Unding anzunehmen, daß die Verfassung eine Grundordnung allem politischen Streben entziehen, sie ein für allemal als verbindlich erklären will, aber

1) vgl. BVerfG, SRP-Urteil S. 17; vgl. hinsichtlich der Pressefreiheit BVerfGE 10, 121

2) SRP-Urteil S. 16 f.

nicht sagt, was diese Grundordnung ist. Aus dem Sinn der Heraushebung einer Grundordnung aus der gesamten verfassungsmäßigen Ordnung muß geschlossen werden, daß das GG diese Grundordnung eindeutig bestimmen will. So hat auch das BVerfG [1] ausgeführt: "Die Vorstellung des Vertreters der SRP, es könne verschiedene freiheitliche demokratische Grundordnungen geben, ist falsch. Sie beruht auf einer Verwechslung des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung mit den Formen, in denen sie im demokratischen Staat Gestalt annehmen kann." Hiermit wird ausgedrückt, daß die freiheitliche demokratische Grundordnung zwar Raum läßt für verschiedene Gestaltungen des politischen Lebens, daß sie selbst aber eindeutig bestimmt ist.

Das GG bezeichnet überdies die Grundordnung noch als eine freiheitliche demokratische. Mit diesen beiden Adjektiven gibt das GG zu erkennen, welche Prinzipien es als so fundamental ansieht, daß sie der Grundordnung zuzurechnen sind. Es verweist damit auf eine politische Anschauung der Rechtsgemeinschaft über die "freiheitliche Demokratie". Daß sich im Laufe der demokratischen Entwicklung ein Mindestmaß von Grundsätzen der freiheitlichen Demokratie Anerkennung erworben hat, ist nicht zweifelhaft. Es sind dies die bereits oben auf Seite 56 aufgezählten Prinzipien, die mit den Adjektiven "freiheitlich" und "demokratisch" als zur Grundordnung gehörend bezeichnet werden.

Daß das GG die Eindeutigkeit des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" will, daß es eine Konkretisierung dieses Begriffes durch ein politisches Ermessen nicht will, ergibt sich auch aus folgenden Erwägungen: Es ist unbestritten, daß das BVerfG nach dem Willen des GG ein echtes Gericht sein soll, d.h., daß es seine Entscheidungen nur mittels Auslegung von Rechtssätzen, nicht aber durch eine politische Willensbetätigung treffen soll. [2] Die Anwendung des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" ist in weitestem Maße (vgl. Art. 18 und 21 GG) Aufgabe des BVerfG. Mit dem Willen des GG, das BVerfG als echtes Gericht auszustatten, wäre es nicht vereinbar, wenn das GG die Eindeutigkeit des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" nicht wollte. Wollte das GG das BVerfG als ein echtes Gericht, so muß es auch die Eindeutigkeit des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung", dessen Anwendung es dem BVerfG zugewiesen hat, gewollt haben, denn nur bei einer solchen Eindeutigkeit ist die Anwendung des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" als Rechtsanwen-

---

1) SRP-Urteil S. 16

2) vgl. hierzu die Dissertation von Geißel S. 20 ff und de Haan S. 13 ff. (unter Berücksichtigung der Beratungen zum GG und zum BVerfGG) sowie Arndt DVBl. 51, 297; vgl. auch Kaufmann VVDStRL 9, 11 und Nawiasky ebenda S. 123; Geiger BVerfGG Anm. 1 zu § 1; Holtkotten in BK Art. 93 Anm. II A 1 b. Daß das BVerfG kein echtes Gericht sondern eine politische Institution sei, wird vertreten von Drath VVDStRL 9, 95 f.; Herrfahrdt Studium Generale 1954, 86 ff.

dung durch Auslegung möglich. Aus allem ergibt sich, daß das GG die Eindeutigkeit des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" will, d.h., daß der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" ein unbestimmter Rechtsbegriff (im engeren Sinne) ist. Die Bedeutung dieses Begriffes ist durch Auslegung zu ermitteln. Es handelt sich um die Auslegung eines normativen Begriffes. Der Inhalt dieses Begriffes ist zwar zeitlich gebunden, es gibt jedoch in jeder Zeit und in jedem Fall nur eine einzige richtige Entscheidung. [1] "Die `freiheitliche demokratische Grundordnung´ ist kein `unbestimmter Begriff´, der seine Konkretisierung im Ermessensraum findet, ... sondern ein `Grenzbegriff´, der ein normatives Minimum anzeigt, das in der Verfassung in concreto enthalten ist. ... Bei Bestimmung der `freiheitlichen demokratischen Grundordnung´ ist echtem Ermessen kein Raum gegeben." [2]

Ein letztes Bedenken muß hier jedoch zum Schluß noch ausgeräumt werden. Gegen den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist eingewendet worden, seine Unbestimmtheit komme einer Unbestimmbarkeit gleich. [3] In dieser Untersuchung wird die vom Gesetzgeber, hier vom Verfassungsgesetzgeber, gewollte Eindeutigkeit als das alleinige Kriterium für das Vorliegen eines (justiziablen) unbestimmten Rechtsbegriffes angesehen. Ist ein Begriff derart unbestimmt, daß seine Unbestimmtheit einer Unbestimmbarkeit gleichkommt, so müßte daraus zunächst geschlossen werden, daß der Gesetzgeber die Eindeutigkeit (die Bestimmbarkeit) nicht gewollt hat, daß er ein Ermessen (bzw. einen "Beurteilungsspielraum") einräumen wollte. (In diesem Falle wäre dann zu prüfen, ob der Begriff nicht etwa so unbestimmt ist, daß auch nicht irgendeine Begrenzung des Ermessens damit gegeben ist.) Die Auslegung des GG hat hier ergeben, daß die Verfassung die Eindeutigkeit des Begriffes "freiheitliche demokratische Grundordnung" will. Dann kann der Vorwurf der Unbestimmbarkeit nur bedeuten, daß der Verfassungsgesetzgeber die Eindeutigkeit zwar gewollt, sie aber nicht so zum Ausdruck gebracht hat, daß der Rechtssatz rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. In diesem Falle wäre der Rechtssatz wegen Verstoßes gegen das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit verfassungswidrig [4], bei allen Verfassungssätzen, die den Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" enthalten, würde es sich um verfassungswidrige Verfassungsnormen handeln.

Der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" ist jedoch rechtsstaatlich unbedenklich. Es ist bereits ausgeführt worden, daß das GG mit dem Be-

---

1) vgl. Simon, Diss. S. 9 f.

2) v.d. Heydte S. 490; von Schleich, Diss. S. 70 und S. 78 wird das Parteiverbot als reine Rechtsentscheidung ("justiziable Sache im üblichen Sinne") charakterisiert, ohne dabei auf die Problematik einzugehen.

3) vgl. oben S. 55

4) vgl. hierzu die Rechtsprechung des BVerfG oben § 3 S. 10

griff "freiheitliche demokratische Grundordnung" auf einen anerkannten und daher konkretisierbaren Bestand von grundlegenden Prinzipien der freiheitlichen Demokratie verweist. [1] Damit ist der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" hinreichend bestimmt [2], um Maßstäbe für eine richterliche Entscheidung zu geben. Von einer Unbestimmbarkeit kann daher nicht gesprochen werden. So führt auch das BVerfG im Hinblick auf den Art. 21 Abs. 2 GG aus: "Die hier verwendeten Rechtsbegriffe sind ausreichend bestimmt, um einem Gericht die Feststellung der Voraussetzungen zu ermöglichen, an die die Verfassung die Kennzeichnung einer Partei als verfassungswidrig knüpft. Sie sind nicht unbestimmter als viele andere Rechtsbegriffe, unter die der Richter tatsächliches Verhalten von Personen und Gruppen zu subsumieren hat." [3] Der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" ist mithin ein unbestimmter Rechtsbegriff.

Daraus, daß das BVerfG im SRP-Urteil die wesentlichen Elemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung "aus einer Gesamtinterpretation des Grundgesetzes und seiner Einordnung in die moderne Verfassungsgeschichte heraus entwickelt hat" [4], ergibt sich schließlich, daß das BVerfG den Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" als einen unbestimmten Rechtsbegriff handhabt, daß es seine Bedeutung durch Auslegung feststellt.

Zum Schluß des Teiles C der Untersuchung kann daher folgendes festgestellt werden:

Die Auslegung des Bonner Grundgesetzes hat ergeben, daß der Begriff "Rechtsstaat" als Begrenzungsbegriff (nicht aber als Inhaltsbegriff) und der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" unbestimmte Rechtsbegriffe sind, d.h., daß ihre Bedeutung allein durch Auslegung ermittelt werden kann.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt dieses Ergebnis.

---

1) vgl. oben S. 56 f.

2) zum Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit von Begriffen der Verfassung vgl. auch BVerfG DVBl. 60, 431 (Begriff "Kriegsfolgelasten" in Art. 120 GG).

3) KPD-Urteil S. 597

4) BVerfG aaO.

§ 12 SCHLUSS

Zum Schluß dieser Untersuchung soll noch kurz die viel diskutierte Frage beleuchtet werden:

Sind die Entscheidungen des BVerfG über die dem Rechtsstaat gemäße Anwendung hoheitlicher Gewalt und über die Wahrung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in den genannten Zusammenhängen Rechtsentscheidungen oder sind sie politische Willensentscheidungen im Gewande von Rechtsentscheidungen?

Aus der Tatsache, daß die Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung" - wie im Teil C gezeigt worden ist - unbestimmte Rechtsbegriffe (im engeren Sinne) sind, wird sich eine Antwort auf diese Frage herleiten lassen. Dabei kann vorausgeschickt werden, daß es sich bei den Entscheidungen des BVerfG zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung um Rechtsprechung im materiellen Sinne handelt [1], nicht jedoch, wenn das BVerfG im Wege der Normenkontrolle die Vereinbarkeit von Rechtssätzen mit dem Rechtsstaatsprinzip überprüft, da hier wegen des Fehlens eines Sachverhaltes keine Subsumtion vorgenommen wird, sondern Normen verglichen werden. [2] Allgemein spricht man von Rechtsprechung im materiellen Sinne nämlich nur, wenn es sich um die Entscheidung eines Falles auf Grund eines Gesetzes handelt. [3]

Der Konflikt, in dem sich eine Verfassungsgerichtsbarkeit [4] befindet, ist bereits von Hegel aufgezeigt worden, wenn er sagt: "Aber die Rechtsprechung tritt ganz aus ihrer Natur, wenn Staatsgewalt ihr Gegenstand werden soll, weil hiemit sie, die wesentlich nur ein Teil des Staates ist, über das Ganze gesetzt würde." [5] Immer wieder ist darauf hingewiesen worden, daß ein Verfassungsgericht, weil es sich eben mit Fragen des Verfassungsrechts, also des Rechts für das Politische zu befassen hat, der Gefahr ausgesetzt sei, sich nicht an rechtlichen, sondern an politischen Maßstäben zu orientieren. Kelsen [6] meint, es bestehe "die Gefahr einer von der Verfassung nicht intendierten und politisch höchst unangebrachten Machtverschiebung vom Parlament zu einer außerhalb desselben stehenden Instanz, die zum Exponenten ganz anderer politischer Kräfte werden kann als jener, die im Parlament zum Ausdruck kommen". Diese Gefahr sieht Kelsen

---

1) vgl. Schleich, Diss. S. 70 und 78
2) vgl. hierzu Böckenförde, Diss. S. 77 und 85
3) vgl. Carl Schmitt, Hüter der Verfassung S. 37
4) zur geschichtlichen Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. Wintrich in Bettermann-Nipperdey-Scheuner Bd. 3, 2. Halbband S. 643 ff.
5) zitiert nach Huber, Reichsgewalt und Staatsgerichtshof S. 11
6) Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? S. 24; ebenso ders. VVDStRL 5, 69 f.

besonders dort, wo der Verfassungsgeber so vage Begriffe wie "Freiheit", "Gleichheit" und "Gerechtigkeit" verwendet. Ähnlich hat sich auch Anschütz [1] geäußert: "Der Staatsgerichtshof wird, wenn er auch formell - wie bisher - nur mit Rechtsentscheidungen befaßt sein soll, tatsächlich doch weit mehr als bisher in Fragen hineingezogen werden, bei deren Beantwortung der politische Wille - wenn er da ist - gern geneigt ist, den juristischen Verstand zu beherrschen. Der Staatsgerichtshof wird immer mehr zu einem politischen Machtfaktor werden, womit die Gefahr entsteht, daß bei der Besetzung der Stellen dieses Gerichtshofes nicht nur auf die richterliche Fähigkeit sondern auch auf die politische Stellung der Anwärter gesehen wird." Schließlich soll auch eine Äußerung von Werner Weber [2] hier nicht unerwähnt bleiben: "Die politischen Kräfte, die sich Legislative und Exekutive gleichermaßen zugängig gemacht haben, drängen in der Dynamik der modernen Massendemokratie dahin, keinen Bereich auszulassen, auch den der Justiz nicht und diesen umso weniger, je mehr den Gerichten spezifisch politische Kontrollaufgaben aufgebürdet werden." [3] Demgegenüber muß ausgehend von den in dieser Untersuchung gefundenen Ergebnissen folgendes festgestellt werden:

Das Verfassungsrecht ist das Recht für das Politische. Mit Hilfe der Verfassung wird das politische Handeln in rechtliche Bahnen gelenkt und an oberste Werte gebunden. Auch politische Entscheidungen haben sich an rechtlichen Maßstäben zu orientieren. Politische Entscheidungen sind letztliche an oberste Grundsätze der Rechtsordnung gebunden. [4] Das hat Wolff [5] im Hinblick auf die sog. verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen herausgestellt. Zwar drücken die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen "nicht zunächst rechtliche, sondern politische Grundwertungen aus und beziehen sich daher als solche auf jene Grundmaterien, die von Rechtsgrundsätzen nicht unmittelbar erfaßt werden: Sie konstituieren die politischen Gestaltungsprinzipien des staatlichen Lebens." [6] Sie dürfen sich jedoch nicht mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Widerspruch setzen, denn diese "binden als ethisches Fundament jeder Rechtsordnung auch den Träger des sog. pouvoir constituant". [7] Gelten also für das Politische die abstrakten Normen der Verfassung, so ist es nur konsequent, die Prüfung, ob diese Normen verletzt sind, einem Gericht zu übertragen. Es ist nämlich ein Mißbrauch der Rechtsnorm, "wenn man sie als

1) 34. Juristentag S. 212

2) Werner Weber, Spannungen und Kräfte S. 46

3) in diesem Sinne auch schon Düringer DJZ 1922, 521 ff.; vgl. auch Abendroth VVDStRL 9, 127

4) vgl. Wintrich in Ansprachen S. 27: "Alle Staatsgewalt ist der Idee des Rechts unterworfen, ihr verpflichtet und durch sie begrenzt."

5) Hans J. Wolff in Gedächtnisschrift für W. Jellinek S. 48 ff.

6) Wolff aaO. S. 48

7) Wolff aaO. S. 52; so auch Wintrich in Festschrift für Laforet S. 233

bindend verkündet, aber ihre objektiv richtige Anwendung im Einzelfall durch eine unabhängige Instanz mit der Behauptung, es handele sich um eine politische Entscheidung, hindern will". [1] Wenn auch der Gegenstand der Entscheidungen dieses Gerichtes das Politische ist, so heißt das doch nicht, daß die Entscheidungen deswegen politische Entscheidungen sein müßten.

Ob die Verfassung einen Rechtssatz enthält, der vom BVerfG angewendet werden kann, oder ob sie lediglich eine Richtlinie, eine politische Direktive will, ist durch Auslegung der Verfassung zu ermitteln. Die Untersuchungen haben ergeben, daß die Begriffe "Rechtsstaat" - allerdings dieser nur, soweit er der Begrenzung staatlichen Handelns dient (Begrenzungsbegriff) - und "freiheitliche demokratische Grundordnung" vom Bonner Grundgesetz als eindeutige gewollt sind; es handelt sich bei ihnen um unbestimmte Rechtsbegriffe (im engeren Sinne). Durch eine sinnvolle Interpretation der Verfassungssätze [2], in denen diese Begriffe enthalten sind, lassen sich jeweils Normen ableiten, die dann als Grundlage für eine Rechtsentscheidung dienen können. Das ist im Teil C im einzelnen gezeigt worden. Hieraus ergibt sich, daß das BVerfG bei der Anwendung der Begriffe "Rechtsstaat" und "freiheitliche demokratische Grundordnung", - wobei es sich bei dem Begriff "Rechtsstaat" auf dessen begrenzendes Moment zu beschränken hat und in seiner bisherigen Praxis auch beschränkt -, Rechtsentscheidungen trifft. Dabei ist es auch ohne Bedeutung, daß diese Begriffe weitgehend unbestimmt sind, daß die Normen, die das BVerfG anzuwenden hat, nicht ausdrücklich formuliert sind. Denn Voraussetzung für die richterliche Tätigkeit ist nur, daß ein Bestand von Normen vorhanden ist, gleichgültig ist es aber, "ob diese Normen im geschriebenen Recht ausdrücklich formuliert sind oder von diesem vorausgesetzt werden". [3] Wenn als Kritik gegen die Meinung, das BVerfG treffe Rechtsentscheidungen, etwa geäußert wird, der Verfassungsrichter sei zwar der Norm unterworfen, er habe sie aber selbst erst zu konkretisieren, ihr den realen Inhalt zu geben [4], so kann dem nur entgegengehalten werden, daß es die selbstverständliche Aufgabe jeder Art von Rechtsprechung ist, "nicht nur die ihr vom Gesetzgeber vorgegebene Norm auf einen konkreten Sachverhalt anzuwenden, sondern auch den Inhalt dieser Norm festzustellen, wenn er zweifelhaft und umstritten ist. Darin liegt notwendigerweise ein rechtschöpferisches Moment beschlossen, das zum Wesen der Rechtsprechung

---

1) Wengler, Der Begriff des Politischen im internationalen Recht S. 60; vgl. auch ebenda S. 58

2) vgl. hierzu Apelt NJW 53, 643

3) vgl. Kaufmann VVDStRL 9, 22

4) vgl. Drath VVDStRL 9, 92; Kägi Diss. S. 135 f.; vgl. auch den Ausspruch des Chief Justice Hughes, zitiert nach Grossmann Diss. S. 4: "We live under a constitution, but the constitution is what the judges say it is."

gehört. Sie erfüllt damit ihren Anteil an der Fortbildung des Rechts." [1] Insoweit, als der verfassungsgerichtliche Spruch die in der Verfassung enthaltenen Prinzipien erst rechtlich relevant macht, mag es auch berechtigt sein, von einem "Verfassungsrecht durch Richterspruch" [2] zu sprechen.

Dadurch, daß das BVerfG die unvollständigen Verfassungsrechtssätze entfaltet und ergänzt, daß es z.B. die unbestimmten Wertbegriffe auslegt und festlegt, nimmt es in gewissem Umfange an der politischen Gestaltung teil. [3] Dennoch handelt es sich bei dieser Tätigkeit des BVerfG um Erkenntnisakte, um das Zuende-Denken eines Vorgedachten, um die Entfaltung dessen, was in der Verfassung angelegt ist, denn das BVerfG hat die in der Verfassung festgelegten politischen Wertvorstellungen durchzusetzen. [4] Es ist selbstverständlich, daß das BVerfG bei dieser seiner Tätigkeit die politischen Zusammenhänge berücksichtigen muß, ebenso wie z.B. der Zivilrichter bei der Auslegung und Anwendung der Privatrechtsnormen die wirtschaftlichen Zusammenhänge nicht außer Acht lassen darf. So hat das BVerfG selbst ausgeführt, die Einordnung eines staatsrechtlich relevanten Sachverhalts unter einen Rechtsbegriff könne nur "auf Grund einer unmittelbaren und umfassenden Anschauung der tatsächlichen Verhältnisse und des politischen Zusammenhangs, in dem sie stehen, richtig vollzogen werden". [5] Das ändert jedoch nichts daran, daß das BVerfG nach dem Recht entscheidet und nicht etwa nach politischen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten. [6] Der Meinung von Geißel, ob das BVerfG Rechtsentscheidungen oder politische Entscheidungen treffe, entscheide sich nach der Intensität seiner Bindung an eine Norm [7], und wenn die Bindung an Normen ganz zurücktrete, entnehme der Verfassungsrichter die Entscheidung völlig

---

1) Wintrich in Festschrift für Laforet S. 228. Ein Beispiel für eine Feststellung des konkreten Inhalts allgemeiner Rechtsgrundsätze durch ein Gericht bietet der Art. 38 Abs. 3 des Statuts des internationalen Gerichtshofs im Haag, wonach dieser auch anwenden soll "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". "Solche Rechtsgrundsätze ... bilden das normative Fundament aller nationalen und internationalen Rechtsformen und empfangen im vorliegenden Falle ihre Sinngewißheit durch den Spruch des Gerichts, das damit positive Rechtssätze schöpft." (so Heller, Staatslehre S. 225); vgl. hierzu auch Ermacora, Verfassungsrecht durch Richterspruch S. 10 und S. 22

2) vgl. den Vortrag von Ermacora, Verfassungsrecht durch Richterspruch S. 22

3) vgl. Scheuner, Festschrift für Smend S. 295

4) vgl. Geißel Diss. S. 97 f.

5) BVerfGE 2, 85; vgl. auch Triepel, Staatsrecht und Politik S. 36 sowie Jellinek VVDStRL 5, 97

6) vgl. de Haan Diss. S. 45 ff.: das würde den verfassungsrechtlichen Normen und der geschichtlichen Entwicklung widersprechen.

7) Diss. S. 117 f.

seinen eigenen subjektiven Wertungen, die notwendig politische Wertungen seien [1], kann nicht gefolgt werden. Wieweit die Verfassung bindende Normen enthält, ist - wie im Teil C gezeigt - durch Auslegung der Verfassung zu entnehmen. Wird auf diesem Wege eine Norm festgestellt, so ist das BVerfG daran gebunden. Kann eine eindeutige Norm nicht festgestellt werden, so heißt das, daß der Verfassungsgeber die Entscheidung der Frage dem Ermessen der politischen Gewalten überlassen will; eine Entscheidung des BVerfG ist nicht möglich. Was Geißel als Intensität der Bindung bezeichnet, sind die mehr oder weniger großen Schwierigkeiten, das objektiv von der Verfassung Gewollte zu erkennen. Subjektiven Wertungen der Verfassungsrichter ist in keinem Falle Raum gegeben. Das BVerfG sucht bei seinen Entscheidungen nicht die Möglichkeit aus, die politisch am zweckmäßigsten ist [2], sondern diejenige, die den von der Verfassung gesetzten politischen Zielen entspricht. "Wer das BVerfG ... anruft, will das Recht und nicht eine politisch genehme Entscheidung, und er muß voraussetzen, daß das Gericht ... nur dem Recht dient und allein dem Rechte verpflichtet ist. ... Jedenfalls ist es unrichtig zu behaupten, es seien politische Entscheidungen in die Hand des Gerichtes gelegt." 3)

Zusammengefaßt läßt sich daher sagen:

Bei der Anwendung unbestimmter Begriffe wird die gerichtliche Kontrolle staatlichen Handelns problematisch. Bei den Verwaltungsgerichten besteht die Gefahr, daß sie ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Verwaltungsbehörde setzen; beim BVerfG ist zu befürchten, daß es in Anwendung unbestimmter Begriffe der Verfassung politische Entscheidungen trifft. Die Gerichte können einen unbestimmten Begriff nur dann anwenden, sie können die Anwendung dieses Begriffes durch die staatlichen Gewalten nur dann kontrollieren, wenn es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, d.h., wenn vom Gesetz bzw. von der Verfassung die Eindeutigkeit dieses Begriffes gewollt ist. Ob das der Fall ist, muß durch Auslegung ermittelt werden.

Die Auslegung ergibt, daß die Begriffe "Rechtsstaat" (unter begrenzendem Aspekt) und "freiheitliche demokratische Grundordnung" unbestimmte Rechtsbegriffe sind. Ihre Anwendung durch das BVerfG ist daher Rechtsanwendung und nicht politische Entscheidung. Ergibt die Auslegung, - wie bei dem inhaltlichen Aspekt des Begriffes "Rechtsstaat" -, daß von der Verfassung eine Eindeutigkeit nicht gewollt ist, so kommt eine Anwendung des unbestimmten Begriffes durch das BVerfG nicht in Betracht.

---

1) ebenda S. 125

2) so Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat S. 365

3) so BVerfG 2, 96 = NJW 53, 19

LEBENSLAUF

Am 29. Mai 1936 wurde ich als Sohn des Lehrers Wilhelm Stohlmann und seiner Ehefrau Hedwig geb. Quakernack in Bielefeld geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Am 4. März 1955 legte ich an der Aufbauschule Bethel b. Bielefeld die Reifeprüfung ab.

Vom Sommersemester 1955 an studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar drei Semester an der Universität Freiburg, ein Semester an der Universität Berlin und drei Semester an der Universität Münster.

Am 22. Dezember 1958 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Im Juni 1959 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst ein und bestand am 10. Juni 1963 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung.

Im Juli 1963 habe ich mich in Bielefeld als Rechtsanwalt niedergelassen.